

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**La incorporación de la carga dinámica de la prueba
dentro de la legislación peruana para casos de
responsabilidad civil médica**

Zarella Lucero Flores Galarza
Fabio Brandon Olivares Ramon

Para optar el Título Profesional de Abogado

Huancayo, 2023

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

"La incorporación de la carga dinámica de la prueba dentro de la legislación peruana para casos de responsabilidad civil médica"

INFORME DE ORIGINALIDAD

19%

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

8%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

20%

★ hdl.handle.net

Fuente de Internet

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 20 words

Excluir bibliografía

Activo

Asesor

DR. PAULO CÉSAR CASTRO FLORES

DEDICATORIA

La presente tesis la dedico con cariño a Dios y a cada persona que ha sido participe de este logro, como mi familia y mis mejores amigas(os), por haberme alentado todo el tiempo, motivándome a seguir adelante y lograr mis objetivos y sueños.

Zarella Flores Galarza

A mi madre que, a pesar de que no se encuentre físicamente, siempre está presente para darme fortaleza; a mi hermano que siempre me ha dado su apoyo incondicional en todo; a mi padre a quien siempre admiraré; y a todos mis familiares y amigos que de una u otra manera siempre me han impulsado a cumplir con mis objetivos.

Fabio Olivares Ramón

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a nuestra amiga Nataly Castro Flores, ya que gracias a su inmenso apoyo y desprendimiento se pudo materializar la presente investigación.

Agradecemos a nuestro asesor, el abogado Dr. Paulo Castro Flores, por guiarnos a lo largo de todo el trabajo de investigación, ya que sin su apoyo no hubiera sido posible la elaboración de la presente investigación.

Agradecemos a los abogados Dante Torres Altez, Gigliola Yokoyama Consiglieri y Jhonatan Armas Prado, por su inmensa colaboración y apoyo desinteresado en la realización del presente trabajo de investigación.

Agradecemos también a los profesionales médicos Teresa Santa María, Jorge Vila, Diego Matos y Omar Escate, por su colaboración con la presente investigación.

Asimismo, queremos agradecer a todas las personas que de una u otra forma nos apoyaron para que la presente tesis sea una realidad como Nahomi Best Vila.

RESUMEN

El proceso para determinar la responsabilidad civil médica tiene una naturaleza particular, dado que el demandante presenta una gran dificultad para ofrecer las pruebas necesarias que demuestren los hechos que alega en la demanda, desencadenando que no pueda obtener una decisión favorable del juzgador.

Tal situación surge para el peticionante en vista de que la regulación legislativa contempla la máxima “quien alega un hecho debe de probarlo”, y dada la posición en la que se encuentra le será imposible probar los hechos, porque las pruebas necesarias para ello se encuentran en poder del equipo médico y/o la estructura sanitaria; entonces, ¿no resultaría adecuado que quien se encuentre en mejores condiciones de probar, dada la naturaleza del servicio, sea quien aporte las pruebas al proceso?

Sobre la base de lo manifestado, el objetivo del presente trabajo será determinar el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.

La presente investigación es de tipo básica y de enfoque cualitativo, por lo cual se han analizado normas del ordenamiento jurídico concernientes a la carga de la prueba y la responsabilidad civil médica.

Los resultados alcanzados luego del análisis jurisprudencial indican que la actual legislación impide al demandante probar la culpa; en el mismo sentido, los expertos entrevistados opinaron que si es factible el hecho de dinamizar la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.

Luego de ello, se arribó como conclusión general que se incorporará la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica, mediante la modificación del artículo 1762° del Código Civil.

Palabras clave: carga dinámica de la prueba, responsabilidad civil médica, carga de la prueba, prueba, proceso, decisión judicial, responsabilidad civil.

ABSTRACT

The process to determine medical civil liability is of a particular nature, since the plaintiff presents great difficulty in offering the necessary evidence to demonstrate the facts alleged in the lawsuit, resulting in him not being able to obtain a favorable decision from the judge.

Such a situation arises for the petitioner in view of the fact that the legislative regulation contemplates the maxim "whoever alleges a fact must prove it", and given the position in which he finds himself, it will be impossible for him to prove the facts, because the necessary evidence for this is available. in the possession of the doctor and/or the health structure; So, wouldn't it be appropriate that whoever is in the best position to prove, given the nature of the service, is the one who brings the evidence to the process?

Based on what has been stated, the objective of this paper will be to determine the basis for which the burden of proof should be boosted in cases of medical civil liability.

The present investigation is of a basic type and of a qualitative approach, for which reason, norms of the legal system concerning the burden of proof and medical civil liability have been analyzed.

The results achieved after the jurisprudential analysis indicate that the current legislation prevents the plaintiff from proving fault; In the same sense, the experts interviewed expressed the opinion that it is feasible to streamline the burden of proof in cases of medical civil liability.

After that, it was reached as a general conclusion that the dynamic burden of proof will be incorporated in the medical civil liability processes, through the modification of article 1762 of the Civil Code.

Keywords: dynamic burden of proof, medical civil liability, burden of proof, proof, process, judicial decision, civil liability.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
ÍNDICE	7
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	15
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.1.1. Planteamiento del Problema.....	15
1.2. Formulación del Problema	19
1.2.1. Problema general	19
1.2.2. Problemas específicos.....	19
1.3. Objetivos.....	20
1.3.1. Objetivo general.....	20
1.3.2. Objetivos específicos	20
1.4. Justificación	20
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	22
2.1. Antecedentes del Problema o Estado del Arte	22
2.1.1. Antecedentes Internacionales.....	22
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	24
2.2. Bases Teóricas	26
2.2.1. Categoría 1: Carga dinámica de la prueba.....	26
I. Jurisprudencia en donde se utilizó la carga dinámica de la prueba.....	46
II. Jurisprudencia en donde no se utilizó la carga dinámica de la prueba.....	50
2.2.2. Categoría 2: responsabilidad civil médica	54
2.3. Definición de Términos Básicos	68
2.3.1. Carga dinámica de la prueba	68
2.3.2. Responsabilidad civil médica	68
2.3.3. Carga de la Prueba.....	69
2.3.4. Daño.....	69
2.3.5. Resarcimiento.....	69
2.3.6. Decisión justa	69
2.3.7. Servicios médicos.....	69

CAPÍTULO III.....	71
HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	71
3.1. Hipótesis y Categorías.....	71
3.1.1. Hipótesis general	71
3.1.2. Hipótesis específicas	71
3.2. Categorías de Estudio	71
a) Carga dinámica de la prueba.....	71
b) Responsabilidad civil médica	71
CAPÍTULO IV	73
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	73
4.1. Tipos y Métodos de la Investigación	73
4.1.1. Enfoque de investigación	73
4.1.2. Tipo de Investigación General	73
4.1.3. Tipo de Investigación Jurídica.....	74
4.1.4. Métodos de investigación jurídica	74
4.1.5. Métodos de interpretación jurídica	75
4.2. Diseño de Investigación	76
4.3. Población y Muestra	76
4.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	76
4.4.1. Técnicas de recolección de datos	76
4.4.2. Instrumento de recolección de datos	77
4.5. Técnica de Análisis de Datos.....	78
CAPÍTULO V	79
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	79
5.1. Resultados y Discusión.....	79
5.1.1. Hallazgos de la revisión documental en la normativa peruana y extranjera, así como en la jurisprudencia	79
5.1.2. Hallazgos de las entrevistas a expertos	86
5.1.3. Implementación de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.....	98
5.1.4. Otras instituciones procesales	103
5.1.5. La carga dinámica de la prueba	105
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	109
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111
ANEXO A: MATRIZ DE CONSISTENCIA	116

ANEXO B: GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A EXPERTOS ABOGADOS	118
ANEXO C: GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A EXPERTOS MÉDICOS	120
ANEXO D: CONSENTIMIENTO INFORMADO	121
ANEXO E: SISTEMATIZACIÓN DE ENTREVISTAS A EXPERTOS ABOGADOS.....	122
ANEXO F: SISTEMATIZACIÓN DE ENTREVISTAS A EXPERTOS MÉDICOS.....	125
ANEXO G: OFICIO DE APROBACIÓN DEL COMITÉ DE ÉTICA	129
ANEXO H: FOTOGRAFÍAS DE LAS ENTREVISTAS	130
.....	130
.....	130
.....	133
.....	133
.....	133
.....	133
.....	133
.....	134

INTRODUCCIÓN

La prueba comprende un papel fundamental para poder crear certeza dentro de un proceso, de esa forma el juez puede tomar una decisión y finalmente pronunciarse sobre los hechos alegados por las partes, empero ¿qué sucede si una de las partes no cuenta con los medios de prueba necesarios para demostrar los hechos que alegó?, con las reglas actuales contempladas en la legislación, la parte que no pruebe los hechos que alega perderá de forma inexorable el proceso y no encontrará justicia.

La situación se torna aún más compleja, por ejemplo, cuando el demandante resulta ser un paciente que ha sufrido alguna negligencia médica como consecuencia de una cirugía en un hospital debido a la propia naturaleza del servicio médico, el paciente no cuenta con evidencias o medios de prueba que demuestren que efectivamente sufrió de la negligencia, únicamente tiene su propio testimonio, ya que la historia clínica en donde se registran todas las incidencias del procedimiento médico, se encuentran en poder de la estructura sanitaria en donde se practicó la cirugía.

En ese caso, cuando el paciente demande la indemnización por los daños y perjuicios a los profesionales de la salud y/o a la estructura sanitaria, este no podrá acreditar en el proceso que efectivamente el profesional de la salud y/o la estructura sanitaria actuaron con culpa, y en consecuencia perderá el proceso, no se obtuvo la justicia que merece.

En estas circunstancias, dada la naturaleza del servicio médico, no se puede seguir con las reglas generales establecidas en la ley, se requieren procedimientos propios que garanticen la justicia y la obtención de decisiones favorables a los demandantes. Las reglas procesales que se regulan en el código sustantivo datan de aproximadamente cuarenta años atrás, siendo que estas normas se han mantenido estáticas y no han evolucionado conforme al avance de la sociedad, la ciencia y el derecho.

El hecho de seguir manteniendo la regla general de la carga de la prueba, en la que corresponde al demandante probar los hechos de manera estricta para todos los tipos de procesos, por ejemplo, para casos de responsabilidad médica, resulta injusta. Por lo que,

para cambiar ello, se debería, en virtud de alcanzar una decisión justa y de una correcta averiguación de la verdad, trasladar la carga de la prueba a aquella parte que, por su condición de especialidad, es decir, al profesional de la salud y/o la estructura sanitaria.

Esa acción de trasladar la carga de la prueba es lo que desarrolla la teoría de la carga dinámica de la prueba, de que, en virtud de obtener una decisión justa, se pueda dinamizar la carga de la prueba y trasladar el *onus probandi* a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, sobre ese dinamismo de la carga de la prueba trata la presente investigación.

La carga dinámica de la prueba tiene sus orígenes en Argentina cuando en 1984, Peyrano propuso la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en las que expone que en los procesos que revistan un tipo de especialidad o complejidad, se debe de trasladar la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar.

Años después, en Argentina se modificó el Código Civil en el 2014, se revisó todo el capítulo relacionado a la responsabilidad civil, y se incorporó un apartado exclusivo de responsabilidad profesional médica, en donde se determina en la norma sustantiva, que para dichos casos se traslade la carga de la prueba ante la incapacidad probatoria, por la propia especialidad, a la estructura sanitaria.

En Colombia también se modificó el Código General del Proceso (2012), incluyendo en el capítulo de carga de la prueba, a la carga dinámica de la prueba, en los casos que la norma lo determine, como lo es la responsabilidad civil profesional médica.

Para la presente investigación se tienen como antecedentes relevantes los realizados por Ojeda (2013), que concluye que las cargas probatorias dinámicas contribuirán con cambios relevantes en la emisión de sentencias; también el trabajo realizado por Pastori (2019) en donde concluye que las cargas dinámicas no vulneran derechos constitucionales de las partes, por el contrario, contribuyen con equiparar la justicia y la verdad procesal.

La presente investigación se encuentra estructurada por capítulos, de los cuales el primero está referido al planteamiento del problema, donde se formularon las preguntas y

objetivos, para finalmente sustentar la justificación. Mientras que el segundo capítulo versa sobre el marco teórico, donde se detallan los antecedentes, tanto internacionales como nacionales, de igual modo, respecto a las bases teóricas de la presente investigación se desarrolló a profundidad la carga dinámica de la prueba y la responsabilidad civil médica, desde sus aproximaciones y alcances doctrinales, jurisprudenciales y legislativos.

Asimismo, el tercer capítulo trata sobre el planteamiento de la hipótesis y las categorías de estudio. A continuación de ello, se tiene en el cuarto capítulo los aspectos referidos a la metodología, los cuáles han sido aplicados en la presente investigación. El quinto capítulo se refiere a los resultados y discusión de los mismos, en el apartado de discusión de resultados, se advirtió que se debe modificar la norma que regula la responsabilidad profesional, incorporando un apartado que regule la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil médica, con la finalidad de que el demandante pueda obtener decisiones justas.

De igual modo, la jurisprudencia peruana, tanto tribunales jurisdiccionales como administrativos, han determinado que en los casos en los que existe cierto grado de complejidad, como en la responsabilidad civil médica, la carga de la prueba debe trasladarse a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar.

Por otro lado, respecto al análisis de las entrevistas realizadas a los expertos abogados, se obtuvo que la incorporación legislativa de la carga dinámica de la prueba permitirá tener un proceso con mayor predictibilidad y uniformidad, a diferencia de si solo se regulara a nivel jurisprudencial, Y genera con ello seguridad jurídica; en ese interín, el profesional de la salud o la estructura sanitaria podrá acreditar que actuó de forma diligente o, se evidenciará la negligencia o imprudencia en su actuar; permitiendo con ello que el juez emita decisiones justas.

Por parte de los profesionales de la salud no habría inconvenientes para que sean ellos los que aporten pruebas al proceso de responsabilidad civil médica, en la medida de que se determinará de una forma más célere que ellos actuaron con diligencia y se concluirá

el proceso o se evidenciaría que ellos actuaron de forma negligente, por lo tanto, deberían de ser sancionados. En ese sentido, los resultados obtenidos indican como favorable la incorporación legislativa de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica. Para finalizar con las conclusiones y recomendaciones pertinentes al tema de investigación.

En cuanto a la parte metodológica, se estableció que es de enfoque cualitativo de tipo de investigación básica, del mismo modo se optó por emplear el tipo de investigación jurídica descriptiva, propositiva y comparativa; en cuanto a métodos de investigación jurídica, se utilizó la hermenéutica, argumentación y sociológico; y, como métodos de interpretación jurídica se optó por la *ratio legis*, sistemático y sociológico; finalmente respecto del diseño de investigación se utilizó el tipo no experimental, en cuanto a técnicas e instrumentos de recolección de datos se hizo uso de la revisión documental y entrevista cualitativa, para analizarlos los datos de forma cualitativa.

Respecto a las limitaciones de la investigación, como limitantes procedimentales podemos mencionar la dificultad para obtener información de los expertos profesionales, pues, parte de la investigación se realizó mientras existían restricciones causadas por la pandemia mundial, en ese sentido, se complicó el poder concretar las reuniones programadas de manera presencial, sin embargo, pudimos superar dicha limitación coordinando entrevistas virtuales y en horarios en los que el profesional disponía, adecuándonos a ello.

Otra limitación fue el acceso a la información, puesto que al realizar la búsqueda jurisprudencial en donde no se usó la carga dinámica de la prueba en Perú, debido a las restricciones de búsqueda, retrasándonos en el avance de la investigación, empero ello se superó con una exploración más exhaustiva de las mismas.

Como última limitante se tuvo la falta de alcance documental doctrinario y dogmático, tuvimos que aguardar a contar con la bibliografía internacional en físico, pues dicha información no se encontraba en la web, retrasando el avance de la redacción; no obstante, fue superada una vez obtenidos los textos doctrinarios.

Finalmente, el alcance de la presente investigación que se tiene fijado es poder recomendar la modificación legislativa y se logre incorporar la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica y así superar la dificultad probatoria en la que se ven inmersos los demandantes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Planteamiento del Problema

El servicio médico que se presta actualmente es en demasía variado, pues existen médicos que prestan sus servicios en consultorios privados y clínicas equipadas con los equipos más modernos, y también las unidades médicas del Estado compuestos por el Minsa, EsSalud y los hospitales militares.

Además, el servicio médico brindado también es diverso en la medida que cuando una persona va al médico lo hace porque sufre de alguna dolencia o requiere de algún tratamiento, entonces, el servicio médico no solo se limita a las complejas cirugías que se realizan en los quirófanos; sino a variadas razones como el hecho de que un médico recete algún medicamento, el ser inmunizado por una enfermera con una vacuna contra la influenza o el parto realizado por personal obstetra, son solo algunos de los servicios médicos que se realizan en la actualidad.

Sin embargo, no todas las intervenciones por parte de los médicos son complejas, la ciencia ha avanzado considerablemente en las últimas décadas, y el campo médico no ha sido la excepción, por ejemplo, operaciones que años antes requerían de mucho cuidado y de una intervención invasiva, actualmente se realizan por medio de aparatos tecnológicos que no generan una dificultad para el médico que practica la intervención. El profesor Ninamancco (2013), docente de derecho civil patrimonial, también hace referencia a ello, pues considera que “los problemas técnicos de especial dificultad se han reducido considerablemente en la actualidad respecto del momento de la dación del código civil” (p. 70). Empero a pesar de los avances tecnológicos y de la propia medicina, aún existen casos de negligencia médica en los que se perjudica a los pacientes.

El servicio médico es aquel que tiene una naturaleza especial, pues no puede ser realizado por cualquier persona, al igual que ocurre con cualquier profesión, para ejemplificar,

si una persona quiere solucionar un problema legal acude con un abogado, para construir una casa con un arquitecto o para que dirija una empresa uno acude donde un administrador.

Esa especialidad que posee el médico, es decir, aquella cualidad única para el servicio es lo que se conoce como *lex artis*. Sproviero (1994) refiere al respecto lo siguiente: “es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la *veterana consuetudo* y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica” (p. 181).

Teniendo en cuenta ello, la *lex artis* va referida a la aplicación correcta del conocimiento, principios, procedimientos y todo lo referido con la ciencia y el servicio médico; además de ello, la *lex artis* también evoluciona juntamente con los avances científicos, pues se debe de utilizar la forma y método idóneo para cada paciente y caso en concreto.

Por lo tanto, cuando el profesional de la salud sigue adecuadamente con los procedimientos de la *lex artis* actúa de forma diligente, por el contrario, cuando no, ocurre la *malpraxis*, es decir, ir en contra del adecuado ejercicio profesional.

Para Yungano (1986), la *malpraxis* significa “la omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a este” (p. 62). Por tanto, cuando un profesional de la salud no cumple a cabalidad con la *lex artis*, incurre en *malpraxis*, en otras palabras, no realiza adecuadamente los procedimientos propios de su profesión, incurriendo en negligencia o imprudencia, Y genera con ello responsabilidad civil para el paciente.

Es así, donde surge el problema para el paciente, pues él confía en que el diagnóstico o el procedimiento que realiza el profesional de la salud es el adecuado y, además, lo realizará correctamente, sin embargo, ¿qué sucede cuando el profesional de la salud incurre en *malpraxis*?

Para responder a dicha interrogante, se debe identificar la naturaleza de los servicios médicos, las cuales se establecen en dos tipos de relaciones jurídicas entre los intervinientes, siendo estas de tipo contractual y extracontractual; para el caso de la responsabilidad civil

médica, materia del presente trabajo, se alcanza un consenso dentro de la doctrina por el tipo contractual a excepción de ciertos casos específicos (Fernández y Woolcott, 2018).

Una vez identificada la naturaleza de la responsabilidad civil médica, se debe tener en cuenta el título de imputación, la cual puede ser subjetiva u objetiva, de esa manera, se determina el tipo de carga probatoria que soporta cada sistema.

Respecto a la carga probatoria, esta es entendida como el deber de probar, es decir, que quien afirme algo está en la obligación de probarlo (definición clásica), que a criterio del profesor Nieva (2019) “no despeja las incógnitas sobre los hechos” (p. 25). En los casos de responsabilidad civil subjetiva, esa es la figura, y la responsabilidad civil médica no es la excepción, de acuerdo con la legislación vigente en relación al tema, se desprende que el profesional de la salud y/o la estructura sanitaria solo responderá por el daño causado en caso de dolo o culpa inexcusable. Esto lo detallan los artículos 36° y 48° de la Ley General de la Salud (1997), que nos indica que el título de imputación para el caso de la responsabilidad civil médica será de tipo subjetiva. Es por ello, que la carga de la prueba del daño causado corresponderá en su totalidad al perjudicado, en este caso, al paciente; dicha situación se corrobora con lo establecido en el Código Civil (1984), cuando se explica sobre responsabilidad profesional y responsabilidad contractual en los artículos 1762° y el artículo 1330°; y de la misma manera se tiene a la Ley General de Salud (1997), la cual establece de manera indirecta que la responsabilidad del profesional de la salud y de la estructura sanitaria será de tipo subjetiva.

En ese sentido, la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad recae en quien alega los hechos, es decir, en el propio afectado, lo que resulta muchas veces imposible, puesto que el paciente no tiene como demostrar la negligencia ni puede aportar las pruebas al proceso, debido al carácter de especialidad que existe en este tipo de responsabilidad profesional, pues los elementos de prueba como la historia médica y otros similares están en el lado del profesional de la salud o de la estructura sanitaria, esta situación es sin duda injusta para el paciente que demanda un resarcimiento para el daño causado.

La concepción clásica de la carga de la prueba resulta adecuada cuando se trate de responsabilidad contractual común, sin embargo, en la responsabilidad médica, el agente, en este caso el profesional de la salud posee una cualidad especial y el servicio se torna en uno profesional.

Formulemos la siguiente interrogante, ¿no resultaría conveniente e idóneo que el profesional de la salud y/o la estructura sanitaria aporten los medios probatorios al proceso para que se logre alcanzar la verdad en el proceso? La respuesta que surge ante esta cuestión es evidentemente afirmativa, puesto que los profesionales de la salud y/o la estructura sanitaria tienen una posición privilegiada de información, en cuanto conocen el método aplicado, los procedimientos seguidos y poseen conocimiento a ciencia cierta respecto a lo que realmente sucedió.

El proceso judicial que enfrentan los demandantes es tedioso, agotador y excesivo, Y genera de esa forma un problema social de desconfianza en los justiciables en el sistema de justicia, porque se llega a creer que, a pesar del daño ocasionado, los médicos que generaron dicho daño quedarán sin una sanción, y los pacientes sin recibir el debido resarcimiento por parte del profesional de la salud o de la estructura sanitaria.

Por ello, el afectado en su búsqueda de justicia se encontrará con un muro en el sistema, pues de acuerdo con la legislación será él quien tenga que acreditar las pruebas por la responsabilidad civil del profesional de la salud, y al existir la dificultad para su obtención, y no poder presentarla al proceso, su demanda será declarada infundada; lo cual va en contra de toda máxima y finalidad del proceso, pues como lo mencionó Taruffo (2008): “el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no solo resolver conflictos, o –rectius– está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa” (p. 23).

Teniendo en cuenta ello, consideramos que se debería dinamizar la carga de la prueba, de esa manera, se asegura que la parte que esté en mejores condiciones de aportar la prueba sea aquella que la incorpore al proceso; se debe precisar que esta inversión del *onus probandi* fue desarrollada por primera vez por el profesor Peyrano (1993)

denominándola carga probatoria dinámica, y es la que será una solución al problema de la incapacidad probatoria del paciente-demandante. Por lo tanto, la carga de la prueba ya no será exclusiva de él, sino que el profesional de la salud o la estructura sanitaria, en virtud de la dinamización de la carga de la prueba, tendrá que aportar las pruebas que demuestren que actuó con la diligencia debida.

Dicha dinamización de la carga de la prueba permitirá que cuando se aporten las pruebas necesarias por la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, el juez tendrá mayor capacidad para emitir una decisión con conocimiento de causa, por ende decidir en mejor forma, equiparando la verdad procesal a la verdad material, en consecuencia emitiendo una decisión justa, de forma conexa se protejan también los derechos a la salud y la integridad física de los demandantes, pues al alcanzar la decisión justa los efectos no son únicamente jurídicos.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál es el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cómo se puede incorporar la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?
- b) ¿Por qué el profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de responsabilidad civil médica?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Establecer cómo se puede incorporar la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.
- b) Proponer por qué el profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de responsabilidad civil médica.

1.4. Justificación

La responsabilidad civil médica hoy en día en el Perú, corresponde ser aprobada por el propio paciente, ya que así lo reconoce la Ley General de Salud (1997) y nuestro Código Civil (1984) vigente, del mismo modo en la normativa procesal, el Código Procesal Civil (1992) establece que la carga probatoria recae en quien alega un hecho y ante la falta de prueba irremediamente la demanda se declarará infundada. La legislación en ese aspecto es injusta, y ocasiona que en muchos casos los profesionales de la salud se eximan de su responsabilidad, y deja sin justicia al paciente, pues este es quien debe de probar el dolo o la culpa inexcusable, lo que convierte en una tarea imposible, ya que el profesional de la salud y/o la estructura sanitaria son quienes deberían probar que actuaron de manera diligente, y son los que efectivamente cuentan con los medios para demostrar ello. Añadiendo a ello, nuestro Código Civil al regular la responsabilidad civil de los profesionales genera ambigüedades al momento de la interpretación; del mismo modo sucede con las resoluciones que se emiten, debido a que existe una multiplicidad de criterios al tratar la responsabilidad médica, conllevando a que no exista predictibilidad, ni seguridad jurídica; respecto a ello la profesora Woolcott (2004) indica lo siguiente:

En efecto, el régimen de atenuación de la responsabilidad contemplado en el artículo 1762° se aplica siempre que el médico demandado logre acreditar que está frente a un problema de especial dificultad técnica, (...) complicando la tarea probatoria de la víctima del daño, pues para que esta tenga éxito en su pretensión reparatoria debe acreditar dolo o la culpa inexcusable (p. 81).

Asimismo, respecto a ello la jurisprudencia evidenció que la dificultad principal en efecto es la carga probatoria; el profesor Cieza (2013) al analizar la jurisprudencia del caso indicó lo siguiente: “El problema central cuando se presenta a la responsabilidad médica como un caso de responsabilidad civil contractual, es el referente a la carga de probar” (p. 60). Situación que exime de responsabilidad a los profesionales de la salud y/o estructura sanitaria, perjudicando con ello a los pacientes.

Por ello, los casos de responsabilidad civil médica se cubren con un halo de injusticia, los criterios legales y judiciales en torno al problema no permiten que los pacientes que sufren daños por parte de los profesionales de la salud y/o estructuras sanitarias obtengan decisiones justas, Y genera que aumente la impunidad en los malos profesionales, y deja sin esperanza a los pacientes afectados por ellos.

Por todo ello, se aprecia la importancia del presente trabajo de investigación, dado que hasta hoy en día son muchos los casos en los que no se alcanza la justicia debida, puesto que la carga de la prueba recae en los pacientes perjudicados, cuando lo idóneo y justo debería ser que el profesional de la salud demuestre que su actuar fue acorde a la *lex artis*.

La respuesta para este problema jurídico radica en la incorporación, en la norma sustantiva, de la carga dinámica de la prueba para generar flexibilización probatoria, de esa forma será el profesional de la salud y/o la estructura sanitaria, por encontrarse en mejores condiciones, quienes aporten las pruebas al proceso, y se logra con ello evidenciar que actuaron diligentemente cuando brindaron el servicio médico al paciente, permitiendo finalmente que el juez se halle en una posición óptima para emitir una decisión justa, debido a que cuenta con los elementos probatorias que den fuerza a su sentencia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del Problema o Estado del Arte

2.1.1. Antecedentes Internacionales

Como primer antecedente internacional se tiene el trabajo de investigación, realizado por Morales en el 2020, titulado “El dinamismo probatorio en la responsabilidad civil médica: Análisis de la norma y propuesta de interpretación en aras de evitar vulneraciones al debido proceso”, para obtener el grado de maestra por la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Morales (2020), en la mencionada tesis, tuvo como objetivo de estudio “plantear una propuesta interpretativa de la norma procesal [la carga dinámica de la prueba] con la finalidad de que se eviten vulneraciones al debido proceso” (p. 4), y se extrae como principal conclusión la siguientes lo siguiente:

Las facultades a nivel probatorio que tiene el juez en la jurisdicción ordinaria obedecen a la evolución de la concepción del proceso como un instrumento de carácter público, que está encaminado a la protección de los derechos fundamentales y legales, pero al mismo tiempo a la búsqueda de la verdad de los hechos, por lo cual al ser el juez el director del proceso, se encuentra autorizado para procurar la mejor resolución del asunto jurídico debatido lo que implica la solución de las diferencias probatorias que conllevan a decisiones injustas (...) (p. 106).

La importancia de este trabajo para la presente investigación recae en que la autora concluye que cuando se realice la inversión de la carga probatoria, esta debe de ser utilizada cuando la parte que no se encuentre en mejores condiciones de probar haya acreditado la imposibilidad probatoria al juez, para que, de esa manera, no se vulnere el debido proceso, y se fortalezca el deber de colaboración entre las partes procesales, con lo que finalmente, se alcanza una decisión justa.

Asimismo, se tiene el trabajo de investigación, realizado por Pastori en el año 2019, titulado “La comunicación judicial previa como requisito establecido en el art. 1735 del CCCN para la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Garantías de igualdad ante la ley y debido proceso”, para optar el grado de magíster en derecho procesal por la Universidad Siglo 21, Universidad de Córdoba, Argentina. Pastori (2019) tuvo como objetivo de estudio determinar en qué estadio del proceso el juez debe de aplicar la distribución de la carga de la prueba para finalmente arribar a la siguiente conclusión:

En función de ello puede concluirse que la comunicación judicial de la carga dinámica de la prueba no viola las garantías constitucionales establecidas en el art. 16 y 18 de la Carta Magna, sino que guarda correspondencia con las exigencias fácticas de la realidad -que plantean la reformulación del principio dispositivo y el desafío de balancear igualdad con justicia y verdad jurídica objetiva (p. 82).

Este trabajo será importante para la presente investigación, ya que la autora, en su análisis de la institución procesal de la carga probatoria dinámica, estima necesaria para alcanzar la verdad en el proceso y sobre todo determina que dicha inversión de la carga probatoria es constitucional, ponderando la verdad en el proceso ante otros derechos.

También, se tiene la investigación realizada por Ochoa (2021), titulada “La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano”, para la obtención del grado de magíster en derecho con mención en derecho procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. Trabajo en el que Ochoa (2021) plantea como objetivo “establecer si es viable pasar del sistema probatorio actual a uno flexible” (p. 10), asimismo, como resultado, se determina la factibilidad de la inversión de la carga probatoria, y se tiene como principal conclusión a la siguiente:

El juez al aplicar criterio de la carga de la prueba debe determinar cuál de las partes procesales tenía la obligación de probar los elementos controvertidos en la causa, y sobre la base de ello aplicará la distribución de la carga de la prueba para los casos

que no se hubieren presentado pruebas o las misma fueren insuficientes para lograr el convencimiento del juez (p. 107).

Esta investigación será importante para el presente trabajo, debido a que el autor plantea la posibilidad de dinamizar la carga de la prueba a nivel judicial, y además de ello, determina la posibilidad de un momento procesal idóneo para ello.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Se tiene como antecedente nacional la tesis realizada por la abogada Ojeda (2013), la cual lleva por título “La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica”, la cual fue presentada a la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para que logre alcanzar el grado académico de magíster en derecho con mención en civil y comercial. Se planteó como objetivo general “proponer la necesidad de que, en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se introduzca la teoría de las cargas probatorias dinámicas, (...) hecho de quien debe probar es quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo” (p. 10). Se obtuvo como conclusión que “las teorías de las pruebas actuales contienen las cargas probatorias dinámicas, mediante la cual quien se encuentra en mejor condición probatoria debe proceder a probar los hechos, lo que traería grandes cambios en las sentencias” (p. 80).

Conforme a lo expuesto, la importancia de esta tesis radica en corroborar la idea de incorporar la carga dinámica de la prueba para los casos de responsabilidad civil médica en la legislación peruana, ya que esta genera que quien se encuentre en preferible condición pruebe los hechos con el fin de obtener decisiones justas.

Se tiene como segundo antecedente nacional la tesis realizada por el abogado Capcha (2021), la cual lleva por título “Las cargas dinámicas probatorias en casos de responsabilidad civil por negligencia médica en el Perú. La misma que fue presentada a la Universidad de San Martín de Porres, para optar el grado académico de maestro en Derecho con Mención en Civil y Comercial. Se obtuvo como conclusión general que “la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica no es un instrumento idóneo para lograr la verdad y

la justicia. Por el contrario, genera arbitrariedad y el incumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales vigentes en nuestro país” (pp. 157-158). Acorde a lo expuesto, la importancia de esta tesis radica en que, el autor menciona que el problema en la responsabilidad civil médica continúa siendo el “determinar la culpa del médico” (p. 156).

Como tercer antecedente nacional se tiene la tesis elaborada por las bachilleres Chávez y Paredes (2019), la cual lleva por título “Beneficios de la aplicación judicial de las teorías dinámicas de la carga probatoria en la responsabilidad civil médica contractual”, la cual fue presentada a la Universidad Nacional de Trujillo, para que logren alcanzar el grado académico de abogadas. En el trabajo se planteó como objetivo general: “Determinar los beneficios de la aplicación de las teorías dinámicas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica contractual en sede judicial” (p. 7), se obtuvo como conclusión lo siguiente:

Los beneficios de la aplicación de las teorías dinámicas de la carga de la prueba al resolver los conflictos de responsabilidad civil médica contractual en sede judicial son: (...) Permite trasladar la carga de la prueba, al sujeto procesal que se encuentra comparativamente en mejores condiciones técnicas, profesionales, fácticas o jurídicas de aportar la prueba pertinente, sin considerar su posición de demandante o demandado (p. 136).

Sobre la base de lo expuesto, la importancia de esta tesis radica en que las autoras mencionan que, con la carga dinámica de la prueba, será el profesional de la salud el que aporte las pruebas al proceso, debido a que se encuentra en mejores condiciones de probar, coincidiendo con la investigación del presente trabajo.

Como último antecedente nacional se tiene el trabajo de Campos (2012), en el artículo “Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes Iniciales”, publicada en la *Revista Oficial del Poder Judicial*. Se propuso el objetivo de “aportar algunos apuntes iniciales a fin de establecer la conveniencia de aplicar la denominada “Teoría de las cargas probatorias dinámicas” en el proceso civil peruano” (p.

201). Tuvo como reflexión final, que a partir de la imposibilidad en la que se encuentra inmersa la parte que posee la carga de la prueba, resulta indudablemente ventajosa aplicar la teoría de cargas probatorias dinámicas, aun cuando sea en ciertos casos únicamente. Por ello, resulta imprescindible que se encuentre regulado en la legislación procesal, para poder afianzar la seguridad jurídica.

Resulta sustancial el aporte consignado líneas arriba para el presente trabajo de investigación, debido a que al hacer uso de la prueba dinámica beneficiará en los casos en que la tradicional distribución de la carga de la prueba no resulte favorable para el proceso y el juez pueda resolver acorde a justicia.

Además, de resaltar que la aplicación de esta teoría ha sido muy beneficiosa para diversos casos en los que resultaba imposible el poder probar y tener conocimiento de la verosimilitud de los hechos expuestos, Y genera así que la teoría de la carga probatoria dinámica sea usada como un salvavidas procesal.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Categoría 1: Carga dinámica de la prueba

2.2.1.1. Aproximaciones Doctrinales

A. La Prueba

Antes de abarcar la carga de la prueba y desarrollar sus alcances, primero se analizará qué se entiende por prueba. En el tiempo de Carnelutti (2008) se sostenía que en el lenguaje común la prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición, el maestro italiano sobre la base de ello, indica que nos referimos al concepto de prueba para algo que ha sido afirmado y que se trata de comprobar, llegando a manifestar lo siguiente: "(...) no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada" (Carnelutti, 2018, p. 72). Es decir, que la prueba sirve para demostrar la validez de una afirmación.

Sin embargo, la prueba no es solo un instrumento para utilizar dentro del proceso, Carnelutti en su momento tenía una visión privatista de la prueba o de la carga de la prueba; con la evolución de la sociedad y del derecho, el proceso persigue un fin de relevancia general (Taruffo, 2020). La prueba utilizada por una de las partes, evidentemente, servirá para ganar el proceso, pero el sentido de ello es que el proceso concluya con alcanzar la decisión justa.

Al analizar el concepto de prueba en el derecho o más específicamente del derecho a la prueba, diversos doctrinarios han conceptualizado y analizado la institución jurídica de la prueba, nosotros utilizaremos las ideas del profesor Taruffo para tener una idea preliminar del concepto del derecho a la prueba: “Demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión” (Taruffo, 1984, como se citó en Ferrer, 2016, p. 53). De dicho concepto esbozado por el maestro italiano podemos entender que la persona tiene el derecho a probar que los hechos que alega efectivamente ocurrieron.

En ese sentido, el profesor Ferrer (2016) manifiesta lo siguiente: “Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, (...) una adecuada seguridad jurídica” (p. 52); vinculando el derecho a la prueba, con el derecho a una decisión justa y correspondiente seguridad jurídica.

Asimismo, el profesor Taruffo (2020) entiende a la prueba percibida desde dos ángulos distintos, el primero se refiere a la prueba como fuente de información o “medio de prueba”, y en segundo lugar como “resultado” (p. 192). Esto quiere decir que el medio de prueba puede ser producida por una persona, cosa o documento que brinde información acerca de algo para determinar una verdad o falsedad sobre un hecho; llevando este concepto al campo procesal, dicha “prueba” que las partes procesales aporten al proceso servirá para poder convencer o persuadir al juzgador, creándose una “verdad” sobre lo que sucedió.

La prueba también es entendida como resultado o “procedimiento cuando se hace referencia a las actividades reguladas por la ley procesal, mediante el cual el medio de prueba es adquirido por el proceso” (Taruffo, 2020, p. 283); es decir, que la prueba aportada por una de las partes, deja de ser de una de ellas y pasa a ser parte del proceso.

Sobre la regulación jurídica de la prueba, se debe precisar, en primer lugar, que la prueba es libre o *free proof*; en ese sentido, que cualquier elemento que una de las partes considere necesario puede ser utilizado para probar los hechos alegados; ello ante la falta de una regulación legal de la prueba (Taruffo, 2002).

a) La finalidad de la prueba en el interior del proceso civil

Habiendo desarrollado las particularidades de la prueba, en este apartado se explicará la finalidad de la prueba en el proceso civil, para ello se partirá de lo señalado en el artículo 188° del Código Procesal Civil, que a la letra indica lo siguiente: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones” (Decreto Legislativo N.º 768, 1993, art. 188). Sin embargo, esta definición legislativa no es la única que existe; se entiende que dicho concepto adoptado por el legislador está referido a que la finalidad de la prueba es buscar un convencimiento del juez sobre los hechos que son materia del proceso.

En la doctrina se señala que la finalidad de la prueba es lograr generar convicción en el juez sobre la veracidad de los hechos planteados por las partes al interior del proceso; acorde a lo mencionado por el doctrinario colombiano se interpreta que la finalidad de la actividad probatoria de las partes en el interior del proceso civil es el juez, es decir, se coloca al juzgador como finalidad principal de la prueba en el proceso (Echandía, 2002).

Por el contrario, las críticas a esta postura de entender la finalidad de la prueba, está referida precisamente a que es el propio juez el que debe de decidir la fuerza o no de determinada prueba para acreditar ciertos hechos, incluso cuando el juez mantenga o tenga creencias formadas a priori; lo que de acuerdo con el profesor Ferrer (2005), constituiría una concepción equivocada de comprender la prueba, o tal como él lo mencionó “una valoración irracional de la prueba” (p. 41).

Otra de las posturas para comprender cuál es la finalidad de la prueba en el interior del proceso es la que entiende al proceso como un medio de comprobación de verdad de los hechos o también denominada tesis del cognoscitivism, ya que posteriormente a la

exposición de los hechos, el juez emitirá una decisión, pudiéndose entender que la prueba no tiene una finalidad en sí misma, porque su finalidad es la de demostrar la verdad de los hechos postulados, siendo la prueba un instrumento. En contraposición a ello, un sector de la doctrina (Morales, 2005) señala que el hecho de alcanzar la verdad en el proceso no siempre ocurre, pues la verdad que se alcanza en el terreno del proceso civil es la de una verdad procesal o judicial.

Sin embargo, el proceso es un mecanismo que tiene como finalidad alcanzar la verdad; en otras palabras, que la verdad material y la verdad procesal sean lo más semejantes posibles.

En la misma línea de Taruffo, la profesora Gascón (2002) indica sobre el cognoscitivismismo lo siguiente: "(...) impone al juez una tarea más racional y responsable, pero desde luego no "titánica". Como afirma Taruffo, la justificación que exige rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal" (p. 496). Es decir, que el hecho de que la finalidad de la prueba al interior del proceso sea la de la averiguación de la verdad va a generar que el juez sea más diligente en cuanto a la valoración que realice sobre las pruebas.

En conclusión, respecto a lo precisado en este apartado, nuestra postura de cuál es la finalidad de la prueba al interior del proceso civil, va referida a que la prueba tiene como objetivo alcanzar la verdad de los hechos alegados por las partes, ya que el fin mismo del proceso, es el de alcanzar una decisión justa por el juez, debiendo coincidir o buscar una que se equipare en un alto grado, la verdad material y la verdad procesal, para que el juez al emitir una sentencia, sea justa y fundada en derecho.

B. Derecho a probar

Teniendo en claro que es la prueba, debemos también entender en qué consiste el derecho de probar, para el maestro Carnelutti, citado por Ferrer (2005), en su libro *Prueba y verdad en el derecho*, el derecho a probar quiere decir lo siguiente:

De forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal (...). Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de la prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significa demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos (p. 38).

El profesor italiano hacía referencia a que la actividad probatoria tenía una importancia fundamental dentro del proceso, pues para Carnelutti (2018) no existía un dualismo de verdad material o verdad formal, simplemente existía la verdad, y esa era la que se alcanzaba mediante las pruebas aportadas al proceso.

Por otro lado, el derecho a la prueba se compone de cinco elementos; el derecho a ofrecer la prueba; derecho a que la prueba sea admitida; derecho a la actuación de la prueba; derecho a la conservación de la prueba; y, derecho a la valoración adecuada y motivada de la prueba. Derechos que fueron reconocidos también a nivel jurisprudencial por el Tribunal Constitucional en el caso de Magaly Medina (STC 6712-2005-HC/TC).

El derecho a ofrecer pruebas implica que la parte accionante pueda presentar pruebas, igualmente, involucra que la otra parte pueda contradecir dicha prueba. Asimismo, el derecho a la admisión de la prueba implica que cuando el accionante presente una prueba, el órgano jurisdiccional los pueda admitir, sin embargo, no significa que todas las pruebas que sean presentadas tengan necesariamente que ser admitidas.

Además, la admisión de la prueba reviste de ciertas características, que la prueba admitida tiene que ser pertinente, ello quiere decir que exista una relación entre la prueba presentada y el hecho que se pretende demostrar; la prueba también debe ser útil, es decir, que la prueba debe de servir al proceso, ayudar a que con ella se alcance la verdad en el

proceso; finalmente, la prueba debe ser conducente, o sea, debe ser idónea para el hecho que se pretende demostrar en el proceso.

El derecho a la actuación de la prueba se refiere a que, una vez admitidas las pruebas, estas tienen que ser presentadas en el proceso.

Sobre el derecho a la conservación de la prueba, este elemento hace referencia a que en el caso que una prueba sea producida o necesariamente tenga que ser actuada, antes de la etapa correspondiente, esta deberá ser conservada hasta el momento procesal indicado, manteniendo su valor probatorio.

Finalmente, respecto al derecho a la valoración de la prueba se refiere a que el juez pueda analizar y valorar de forma adecuada fundamentando su decisión en las pruebas que considere pertinentes.

Por su parte, para Ferrer (2007), los elementos que integran el derecho a la prueba no son independientes entre sí, por lo que para que cada uno tenga sentido se tienen que acompañar, estos elementos son:

El primer elemento es “el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión” (Ferrer, 2007, p. 54). Este derecho se refiere a que la prueba es de libre aportación, únicamente limitada por la propia relevancia de la prueba para demostrar la verdad de las alegaciones, teniendo que ser la prueba idónea, para que sea admitida.

El segundo elemento es “el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso” (Ferrer, 2007, p. 55); puesto que no serviría de nada que la prueba sea admitida y que no sea practicada en el proceso.

Como tercer elemento se tiene “el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas” (Ferrer, 2007, p. 55); ya que el derecho no la prueba no termina con que la prueba sea practicada en el proceso, la prueba debe ser valorada adecuadamente por el juzgador.

La valoración racional requiere que las pruebas sean “valoradas en conjunto” (Montero, 1982, p. 251), es decir, que el juzgador analice sistemáticamente las pruebas presentadas por las partes, sin perjuicio de que también las pruebas sean valoradas en forma concreta una a una. La valoración que realice el juzgador se debe ajustar a las reglas de la racionalidad, pues solo así se garantiza que los hechos alegados y posteriormente tomados como verdad por el juzgador tienen un nivel mínimo de seguridad jurídica (Ferrer, 2007).

El último elemento del derecho a la prueba es lo siguiente: “la obligación de motivar las decisiones judiciales” (Ferrer, 2007, p. 57); este elemento tiene una relación con la valoración racional de la prueba; puesto que el juez deberá justificar su decisión final en los hechos que declare probados, y también en los hechos que declare no probados.

Reflexiones a parte, el profesor Ferrer indica que el criterio de la libre valoración de la prueba a menudo se utiliza para ocultar la arbitrariedad y la excesiva discrecionalidad del juez; siendo la valoración probatoria subjetiva.

C. La carga de la prueba

Para iniciar con la explicación acerca de la carga de la prueba o el *onus probandi*, se iniciará este apartado dando alcances del concepto legislativo de la carga de la prueba, el artículo 196° del Código Procesal Civil señala lo siguiente: “Salvo disposición legal diferente, la carga de la probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos” (Decreto Legislativo N.º 768, 1993, art. 196); es decir que, el demandante al momento de ejercer su derecho de acción y manifestar sus alegaciones, debe sustentarlos mediante pruebas que corroboren los hechos.

En el campo doctrinal, se citará el concepto del profesor Echandía (2000), quien menciona que la carga de la prueba es lo siguiente:

(...) una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente

establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte (p. 406).

De lo cual se interpreta que es menester de cada parte probar los hechos que mencionan al interior del proceso.

Por su parte, Giannini (2019), al analizar la institución de la carga de la prueba, la divide en dos manifestaciones, en primer lugar, se tiene a la carga de probar, en donde la parte procesal que alega un hecho debe convencer al juez sobre la veracidad de los hechos y la segunda manifestación que desarrolla es la carga de producir evidencia, que va más allá de aquellas alegaciones que se realizan ante el juzgador.

En una primera síntesis, se tiene que la carga de la prueba en sentido amplio y como regla general está determinada por la norma procesal, en cambio, las excepciones a esas reglas generales, son las variaciones de la carga probatoria, que en muchas ocasiones las imponen los jueces, dependiendo de la variedad de casos y de la dificultad que tienen las partes, que en principio, deberían demostrar el hecho alegado, pero que en virtud de alcanzar la verdad en el proceso y de llegar a una decisión justa, el juez la distribuye a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportarla, dicho de otra manera, dinamiza la carga de la prueba.

Se debe agregar que, al igual que Giannini (2019), el profesor Ferrer (2019) para conceptualizar la carga de la prueba también considera, en primer lugar, dos dimensiones, por un lado, la dimensión objetiva, a la que la doctrina la llama material o directa, y la subjetiva; es así que, en sentido objetivo la carga de la prueba opera como “regla de juicio final”, que se aplicará si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba.

Evidentemente, ante la ausencia de prueba suficiente, será una de las partes la que se vea perjudicada, en este caso la que tiene la carga de la prueba, sea el demandante o el demandado que reconviene.

Por otro lado, la dimensión subjetiva de la prueba se refiere estrictamente a qué parte debe aportar la prueba, resultando una consecuencia de la carga objetiva de la prueba (Ferrer, 2019); ya que si una de las partes que debe aportar no lo hace, naturalmente perderá el juicio, entonces ante esa falta de prueba o en otro caso, ante el rechazo de la prueba, las partes buscarán otras pruebas que demuestren los hechos que pretenden en el juicio.

De acuerdo con Taruffo (2020), la regla tradicional de la carga de la prueba tiene dos naturalezas, una privatista y una publicista; la primera hace referencia a que las partes tienen la carga de la prueba de las afirmaciones que hacen dentro del proceso para demostrar sus propias alegaciones; concluyendo el proceso con una decisión justa, pues el juez analizó la prueba y la valoró, dictando al final una razón fundada en derecho y en la prueba aportada; el fin publicista de la carga de la prueba va más allá de la simple solución de la controversia; pues con esa decisión que tomó el juez se alcanzó una decisión justa, que es el fin que busca la administración de justicia.

D. Carga dinámica de la prueba

En primer lugar, se debe entender que los conceptos y las instituciones jurídicas no son inmutables ni estáticas en el tiempo, el derecho está a la vanguardia de los avances científicos y sociales, por lo tanto, debe adaptarse a los cambios que le exige la sociedad, ya sea en el modo de solucionar los conflictos, o al momento de determinar la solución a una incertidumbre jurídica; teniendo en cuenta dicha premisa, consideramos que la carga de la prueba desde su perspectiva clásica no es la mejor opción a ser utilizada en los sucesos de responsabilidad civil médica, debido a la complejidad y dificultad para producir y aportar las pruebas al proceso.

Por dicha razón, consideramos que el proceso, en virtud de dicha evolución, debe de tener una finalidad y no ser simplemente un instrumento vacío y carente de esencia; el maestro Calamandrei indicaba que la máxima finalidad del proceso no es otra que la justicia (Calamandrei, 1950). Postura que compartimos y que, en virtud de alcanzar la justicia en el

proceso, consideramos necesaria la incorporación de la carga dinámica de la prueba para los casos de responsabilidad civil médica.

El concepto como tal de carga dinámica de la prueba se origina en Argentina con el profesor Peyrano, cuando en 1984 publicó el libro *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*. La propuesta sintetizada del profesor radica en que desplazando la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar, facilita la búsqueda de la verdad en el proceso y consecuentemente se alcanza un proceso justo (Peyrano, 1993); haciendo una comparación de la propuesta argentina de distribución de la carga probatoria, con la concepción clásica, surgen los primeros puntos débiles en esta última, porque la parte que debe de probar los hechos es la parte que tiene más dificultad de producir o aportar al proceso, beneficiándose la otra parte, ya que la ausencia de prueba la beneficiará (Peyrano, 2004).

Comúnmente se entiende como carga de la prueba o carga probatoria al esfuerzo que realizan las partes para demostrar lo que alegan, ese concepto es la regla general de la carga de la prueba, o como lo denomina el profesor italiano "principios generales" (Taruffo, 2020, p. 297); empero el profesor italiano indica que las excepciones son más interesantes de analizar que la regla general misma, es decir, las "inversiones o modificaciones" (Taruffo, 2020, p. 298), que se realizan a la carga de la prueba. El profesor menciona ejemplos de estas inversiones en los casos laborales, cuando se busca la protección del trabajador o también en los casos de derecho de posesión; otra de las excepciones a la regla general es la "inversión unilateral de la carga de la prueba", que ocurre cuando una de las partes decide de manera expresa asumir la carga probatoria de la otra parte, incluyendo las consecuencias que se produzcan a falta de material probatorio.

Igualmente, el maestro italiano comenta acerca de las distribuciones probatorias realizadas por el juez al distribuir la carga de la prueba entre las partes en un modo que no está previsto en la ley, ello en vista de que el juez, en su calidad de director del proceso advierte que una de las partes está en mejores condiciones de probar el hecho alegado en el

proceso; tal como sucede en Italia con la responsabilidad médica, aplicando el criterio de la “facilidad probatoria” (Taruffo, 2020, p. 299); esta ocurre cuando el juzgador asigna la carga probatoria a la parte que no alega el hecho, beneficiando con ello a la parte débil de la relación procesal.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas es una variante del principio *favor probationis*, esta refiere que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones para soportarla (Falcón, 2003, como se citó en Terrazas, 2017); en otras palabras, que la carga de la prueba y el hecho de producirla, pueda ser trasladada a la parte que se encuentre en mejores aptitudes de aportarla al proceso, en contraposición de las reglas clásicas acerca de la carga probatoria; conclusión a la que también arribó Peyrano (1993).

En ese sentido, el profesor argentino menciona que con la carga dinámica de la prueba el modo de aportar pruebas al proceso se hace más eficiente que con el método tradicional de distribución de la carga de la prueba (Peyrano, 2004), interpretando lo referido por el argentino, es que, con la carga dinámica de la prueba, el juzgador se forma una mejor convicción sobre los hechos.

En un principio, de acuerdo con la doctrina, la posibilidad de dinamizar o desplazar la carga de la prueba correspondía al juez, debido a que, en su calidad de director del proceso, debe determinar qué parte se encuentra en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso (Acciarri, 2001). Recalcando que la finalidad del desplazamiento de la carga de la prueba entre las partes se realiza con el objetivo de alcanzar la justicia dentro del proceso.

Ahora bien, como en toda teoría dentro del mundo jurídico, la carga probatoria dinámica tiene defensores y detractores; de acuerdo al profesor Giannini (2019), una de las principales críticas para la aplicación de la carga dinámica de la prueba, que si bien es cierto, ha sido bastante desarrollada por la doctrina y jurisprudencia iberoamericana, es que no se ha establecido claramente el ámbito de aplicación de la carga dinámica de la prueba (Giannini, 2019). De ello podemos precisar que el jurista italiano menciona que el ámbito de

aplicación no está correctamente delimitado, por ello, nosotros planteamos que la incorporación de la carga dinámica de la prueba se aplique en los casos de responsabilidad civil médica, porque en esta materia, la obtención y producción de pruebas para el paciente, es sumamente limitada, en contraposición con lo que podría producir el profesional de la salud o la estructura sanitaria. En ese sentido, dicha incorporación se hará a nivel legislativo y el juez en aplicación directa de la norma, distribuirá la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar y aportar.

La carga dinámica de la prueba nos permite visualizar un derecho posible, tratando de despegarse de los sistemas péticos, o como lo denominó Nieva (2019) de reliquias históricas. Pasar a un sistema de cargas dinámicas que pueden recaer en el demandante o en el demandado de acuerdo con las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes, no quiere decir eliminar la carga de la prueba tal cual se establece, sino evolucionar el concepto y otorgarle al juzgador la decisión de dinamizar dicha carga en el caso en concreto y amparándose en la legislación; de esa manera se supera la desigualdad de las partes procesales y se llega a la verdad en el proceso, alcanzando la decisión justa.

No obstante, la carga dinámica de la prueba no puede simplemente incorporarse dentro de la legislación sin un mayor análisis del caso; la seguridad jurídica es un principio rector del proceso y del derecho en general, por lo tanto, al incorporarse la inversión del *onus probandi* se tiene que considerar las consecuencias procesales y sustantivas que ello implicaría.

Las reglas se tienen que conocer antes de iniciar un proceso, por ello si simplemente el juez invierte la carga de la prueba, esta inversión tiene que tener ciertos límites, el juez no podría dinamizar la carga de la prueba justo en el momento en que está dictando sentencia, puesto que ello perjudicaría al demandado, y la justicia que se pretendía buscar con dicha regla de inversión se convertiría en injusta para la otra parte, con lo que la decisión que se emita no será necesariamente la verdad y la decisión no sería justa.

La carga dinámica de la prueba debe tener un límite para poder ser aplicada, es decir, en un determinado momento procesal, evidentemente no puede ser en la sentencia, y por la naturaleza del proceso tampoco en la etapa postulatoria; por lo que, para un correcto contradictorio entre las partes y sobre todo, en pos de garantizar los principios constitucionales de las partes, dicho momento procesal debe ser en la etapa de saneamiento, ya que si el juez advierte que las pruebas del demandante resultan insuficientes, es la etapa de saneamiento la propicia para que se invierta la carga de la prueba y trasladar el *onus probandi* al demandado.

Si la regla de inversión probatoria se da en la etapa de saneamiento existirá posibilidad de contradicción y con ello el juez puede formarse un mejor conocimiento del proceso, conllevando a que la decisión que emita sea lo más justa posible para ambas partes.

2.2.1.2. Alcance legislativo

2.2.1.2.1. Legislación nacional

A. Artículo 196° del Código Procesal Civil, la carga de la prueba

Respecto a la carga de la prueba, dentro de nuestra legislación en materia civil, la encontramos en el Código Procesal Civil, específicamente en el artículo ciento noventa y seis, el cual detalla que “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos” (Decreto Legislativo N.° 768, 1993, art. 196); claramente nos manifiesta lo que se conoce tradicionalmente sobre la carga de la prueba, en la que la parte que alega tiene que probar, como de igual forma, aquel que niega mediante nuevos hechos.

Esta herramienta sirve para poder acreditar un fundamento, de esa manera, el juez pueda tener certeza sobre dicha afirmación, en consecuencia pueda emitir un pronunciamiento en el que respete y garantice cada uno de los derechos que asiste a los sujetos de derecho; empero cabe precisar que en ciertos escenarios no se da una correcta aplicación de esta herramienta por los jueces, y ocasiona resultados negativos al emitir sus pronunciamientos; ello se debe a que nuestro ordenamiento jurídico no le ha tomado el

suficiente interés (como se puede apreciar en otros países), lo que genera que no se regule de manera apropiada a la carga de la prueba, como se pudo apreciar en el párrafo anterior únicamente se hace dicha regulación, en la que solo existe una regla de repartición, y deja varios vacíos e incertidumbres al momento de su aplicación.

Es necesario que se tome con mayor importancia la carga de la prueba, puesto que es una herramienta sustancial al momento de resolver las controversias, por ello no resulta idóneo que solo exista una regla que guíe la distribución de la prueba.

B. El artículo 189° del Código Procesal Civil y la oportunidad de ofrecer medios probatorios

Nuestro código procesal regula, en su artículo 189°, la oportunidad para ofrecer los medios probatorios, a la letra se indica lo siguiente: “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código” (Decreto Legislativo N.º 768, 1993, art. 189); dichos actos postulatorios que refieren al código es lo que se conoce como etapa postulatoria. El profesor Monroy (2017) la define como “(...) aquella en la que los contendientes presentan al órgano jurisdiccional los temas que serán materia de argumentación, prueba y persuasión durante el curso del procedimiento” (p. 85).

Dicho de otra manera, la postura del legislador es que las pruebas que sustenten las alegaciones de los hechos planteados en la demanda tengan que presentarse conjuntamente con la propia demanda, para que después en la etapa probatoria, las mismas sean actuadas, y finalmente en la etapa decisoria, el juzgador pueda emitir una decisión luego de realizar una valoración racional de las pruebas.

Lo que nos lleva a analizar que por cuestiones de seguridad jurídica la prueba se presenta conjuntamente con la demanda, esto es, en la etapa postulatoria, ello debido a la posición que adoptó el legislador en la dación del artículo 189° del Código Procesal Civil; no obstante, como ya se ha explicado en los apartados iniciales, en la posición que se encuentra el paciente, y debido a la naturaleza de la relación sustantiva y ahora procesal, termina por no poder aportar las pruebas que sustenten sus alegaciones, con lo que el juez en virtud de

los artículos 189°, 196° y 200° del Código Procesal Civil, se termina por declarar infundada la demanda en perjuicio del demandante.

C. El artículo 200° del Código Procesal Civil y la improbanza de la pretensión

En los apartados precedentes se ha desarrollado la regulación que le otorga el Código Procesal Civil a la carga de la prueba, resaltando lo regulado en el artículo 196° respecto a quien tiene la carga de la prueba en el proceso, empero el artículo 200° prescribe una regla que anula la posibilidad de traslado de la carga probatoria, pues se menciona que, si una parte no acredita con pruebas los hechos afirmados en la demanda, la demanda será declarada infundada.

En conjunto, el artículo 196° y el artículo 200° determinan el sistema de la carga de la prueba adoptado por el legislador, que es la de la visión privatista, siendo rígida para el demandante que no pueda demostrar los hechos que alegó.

La Corte Suprema ha desarrollado lo concerniente respecto de la carga de la prueba, en la Casación N.° 1634-2014, Piura, en el fundamento décimo quinto se menciona lo siguiente:

(...) la carga de probar corresponde a quien alega un determinado hecho o a quien los contradice alegando otros nuevos; es decir, la probanza de una determinada circunstancia es de cargo de la parte que lo alega ya que su no acreditación conllevará a declarar la infundabilidad de la pretensión que esta postule, a tenor de lo previsto en el artículo 200 del mismo código adjetivo (...) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2014, Casación N.° 1634-2014, p. 11).

Se evidencia que la posición de la Corte Suprema respecto a la carga probatoria va en el sentido de adoptar una visión privatista, ya que, ante la falta de prueba, la demanda será declarada infundada.

En ese sentido, la legislación procesal actual no contempla en ningún extremo la posibilidad del traslado o la inversión de la carga probatoria, ya que ni siquiera se contempla dicha posibilidad de forma excepcional.

Por lo que, de contemplarse la posibilidad de la incorporación de la carga dinámica de la prueba, se debe de modificar el dispositivo analizado y agregarle la excepción para los casos que la legislación contemple.

2.2.1.2.2. Legislación Internacional

A. Art. 1735° del Código Civil y Comercial de la Nación-Argentina

En cuanto a la carga dinámica de la prueba en el país argentino, se puede apreciar que ha sido agregada en su Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), lo cual se realizó debido a que la regla clásica de la carga de la prueba en la práctica era estática, no brindaba los resultados esperados, de la misma forma en varios casos se rechazaron las demandas por no tener las pruebas necesarias para motivar su pretensión. Ello debido a la imposibilidad de conseguir los mismos (lo cual sucedía en especial es casos de responsabilidad médica). Por tales motivos, de manera progresiva se comenzó a emplear las reglas respecto la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil, la cual aportó dinamismo y flexibilidad en el desarrollo del proceso, asimismo, logró que el juez posea la opción adicional de distribuir la carga de la prueba acorde a la necesidad que se presente en una situación específica y no se encuentre sujeto a una sola regla; para lo cual se citará al artículo 1735°, el cual establece lo siguiente:

No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (Ley 26.994, 2014, art. 1735).

Cabe precisar que no fue una innovación la incorporación de esta herramienta, puesto que ya se consideraba en diversos códigos provinciales de Argentina.

B. Artículo 167° del Código General del Proceso-Colombia

Otro Estado que incorpora la carga dinámica de la prueba en su legislación, es Colombia, dentro de su Código General del Proceso (CGP), en concreto en el artículo ciento sesenta y siete, el cual manifiesta lo siguiente:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho (...) No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares (Ley 1564, 2012, art. 167).

Al igual que en nuestra legislación, Colombia maneja la regla general sobre la carga de la prueba, la novedad recae en la incorporación de la carga dinámica de la prueba en la su nueva legislación procesal, la cual facilita que aquella parte que esté en situación favorable sobre un concreto hecho será aquella la que tenga que probar, por lo cual es importante que se exprese las razones motivadas por la cual dicha parte es quien debe de probar.

2.2.1.3. Alcance jurisprudencial

A. Jurisprudencia Internacional

En la siguiente jurisprudencia se comentan casos de Colombia y Argentina en donde se utilizó la carga dinámica de la prueba, en virtud de que en dichos países esta institución

ya se encuentra regulada legislativamente, por lo que no se consideró jurisprudencia en donde no se utilice esta figura.

a) Causa N.º 64.847. 22/5/2015-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA F. “MJG”-Argentina

La presente jurisprudencia versa sobre una mujer, la cual fue sometida a una intervención quirúrgica para poder inspeccionar y verificar el correspondiente funcionamiento del marcapasos que poseía para que su corazón funcione de manera adecuada, sin embargo, dicha intervención no resultó exitosa, porque terminó en tragedia por la muerte de la mujer. Debido a ello, es que presentaron una demanda sus herederos en contra del médico, del hospital y de la obra social por una deficiente atención médica.

En primera instancia, se resolvió a favor de los demandantes; no obstante, dicha decisión fue apelada, los demandados refieren que no hubo una valoración apropiada de las pruebas por parte del juez, puesto que no se probó la actuación culposa del médico. Siendo así, la sala de apelaciones (Sala F) se pronunció modificando la sentencia en parte, de aquella que se había emitido en primera instancia. La Sala F dentro de sus argumentos menciona que quienes debieron probar que el médico actuó de manera diligente y no ocasionó la muerte de la mujer, eran justamente los demandados, puesto que ellos poseían la capacidad de proveer las pruebas necesarias y así puedan crear convicción en el juez; en referencia a la historia clínica de la mujer, esta no se encontraba completa lo cual permite presumir la culpa del profesional con mayor fundamento, empero a pesar de ello tampoco presentaron ninguna prueba que desvíe dicha presunción.

b) Causa N.º 37.835. 4/2/2015-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA d. “BIFANO”-Argentina

En la presente sentencia se tienen los siguientes hechos: una mujer ingresó en un nosocomio para que se le realizara una cesárea programada. Durante la intervención, tuvo una hemorragia interna y debió ser intervenida quirúrgicamente de nuevo. En esta cirugía se le realizó una histerectomía y, debido a ello, perdió por completo su capacidad reproductiva.

La mujer y su pareja reclamaron los daños y perjuicios por mala praxis contra la obra social, la compañía aseguradora, la clínica en la que fue atendida y la médica. Esto, con base en la negligencia en la que incurrió la profesional que realizó la intervención quirúrgica. El juez de grado hizo lugar a la demanda porque consideró acreditada la pérdida de la capacidad reproductiva y el nexo causal con la cesárea. Contra esa decisión, ambas partes interpusieron un recurso de apelación (Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Ministerio Público de la Defensa, 2019).

La decisión de los jueces fue declarar la demanda fundada con el correspondiente pago de una indemnización, con los fundamentos de que la carga de la prueba debe recaer en quien se encuentre en mejores condiciones de probar, ello debido a la naturaleza de la responsabilidad médica; es decir, que se invirtió la carga de la prueba, y la clínica al aportar la historia clínica dejaba en evidencia que el daño causado era de responsabilidad de la estructura sanitaria.

c) SC 15746-2014-Colombia

A continuación, se tiene la sentencia de casación emitida el catorce de noviembre de 2014; los hechos se desencadenan en el año 2006, en donde el señor Eduardo Matiz González se dirigió a la Clínica Partenón Ltda. e ingresó a urgencia por un dolor abdominal que presentaba en ese momento, después de la revisión le diagnostican gastroenteritis infecciosa y le dieron el medicamento para ello, empero el dolor persistía días después, por ello acude de nuevo a la Clínica y le practican más exámenes, dando como resultado apendicitis aguda, por tal razón, debió ingresar a cirugía. A pesar de que el paciente iba a cubrir el costo de la cirugía al día siguiente, la Clínica se negó a brindarle la atención y a realizarle la cirugía, a causa de ello, ingresó por urgencias al Hospital de Engativá, en donde lo operaron.

La demanda principalmente se basó en la falta de atención cuando se requería y por el error en el diagnóstico; en cuanto a la sentencia, la Sala precisa que los reclamos del demandante derivan de la indebida prestación del servicio médico, por lo que, se requiere de

esfuerzo para demostrar ello; es así que la aplicación del artículo 177 del C.P.C. inserta de manera explícita el concepto de la carga probatoria dinámica, para poder superar las dificultades que tenga la víctima al momento de probar. Asimismo, precisa que dependerá de las particularidades que presenten los casos, no es que refieran una generalización o intento de alterar los principios.

d) Exp. N.º 7274-Colombia

La sentencia se expidió en agosto de 1992, en donde la Sala de Santafé dispuso que la carga de la prueba se traslade a los médicos, quienes son expertos y poseen conocimiento en la ciencia de la medicina, además, de ser quienes han participado activamente en la intervención en el paciente afectado.

Ante el daño que se ha desencadenado en el paciente, a quien lo intervinieron ya sea quirúrgicamente o le brindaron un tratamiento médico, se presume que fue ocasionado por el servicio médico que recibió, por lo que para desacreditar dicha presunción los profesionales médicos deberán probar que actuaron con el debido cuidado y diligencia, de esa manera, darán contra a los cargos formulados por el paciente en la demanda, quien por la naturaleza de la materia no puede probar por la dificultad que posee realizarlo.

e) Exp. N.º 9220-Colombia

La sentencia emitida en 1995 por la Sala de lo Contencioso Administrativo manifestó que la naturaleza del servicio médico no faculta que se garantice el resultado que el paciente espera, es decir, su curación, sin embargo, la institución sanitaria debía evidenciar que a pesar de no alcanzar el resultado esperado ejecutó apropiadamente su obligación, de esa manera se libraba de toda responsabilidad, ya que como lo sostiene la Sala el personal médico se encuentra en óptima condición para probar que su actuar fue adecuado, mientras que el paciente tiene la dificultad de poder acreditar que el actuar del médico fue el apropiado.

B. Jurisprudencia nacional

I. Jurisprudencia en donde se utilizó la carga dinámica de la prueba

a) Sentencia del TC N.º 1176-2004-AA/TC

La presente se emitió en junio, por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en donde el señor Gregorio Correa Flores interpuso recurso extraordinario ante la sentencia que emitió la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Los hechos versan en el 2002, en donde el señor Gregorio solicitó mediante acción de amparo que no se aplique la Resolución de Jubilación N.º 891-97-ONP-DC y el Decreto Ley N.º 25967, y más bien se aplique el Decreto Ley N.º 19990, ya que reunía todos los requisitos, asimismo, se le pague los intereses y devengados. Sin embargo, se declaró infundada la demanda mencionando que no cumplía con los requisitos, debido que el señor Gregorio contaba con menos de 60 años, por eso, no podía acceder a los beneficios que otorgaba el Decreto Ley N.º 19990.

De la misma forma que, en el caso anterior, se implantó las nuevas reglas al distribuir las pruebas a la parte que se encontraba en óptimas condiciones de poder hacerlo, dado que al afiliado no se le comunicó de la manera respectiva, por lo que el que tenía que probar de que si lo hizo sería el demandado.

b) Sentencia del TC N.º 1776-2004-AA/TC

En enero 2007, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia del expediente en mención, contempló a la carga dinámica de la prueba y manifestó lo siguiente:

c. La utilización de la prueba dinámica

Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196º del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias

manifiestamente valiosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (Tribunal Constitucional, 2007, Sentencia N.º1776-2004, p. 37).

De lo ostensible en el párrafo anterior, queda claro que la regla general es que tanto como el que afirma hechos como el que contradice hechos novedosos va a tener que probarlo, mientras que la carga dinámica de la prueba se aparta de esta concepción general, debido a que no aporta los beneficios necesarios y urgentes en el proceso, por ello, es que existe la necesidad de poder implementar este mecanismo que permite que el proceso continúe y se desarrolle con éxito, ello en cuanto, porque posibilita que la carga probatoria recaiga en la parte que se encuentre en óptima condición de aportar las pruebas.

c) Sentencia del TC N.º 1417-2005-AA/TC

En julio de 2005, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el caso de don Manuel Anicama, aquel que presentó recurso de agravio constitucional contra la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima por haber declarado improcedente su demanda de amparo de autos.

Los hechos se desprenden desde el 2003, donde el demandante interpuso una demanda de amparo en contra de la Oficina de Normalización Previsional, para que pueda declarar la nulidad de la resolución N.º0000041215-2002-ONP/DC/DL, debido a que afectaba su derecho a una pensión. Empero, el señor Manuel no presentó las pruebas idóneas para que amporen su pretensión, ya que la institución, en este caso, es la parte que cuenta y posee las pruebas necesarias para generar certeza en el juez, dado que el extrabajador prestó sus servicios ahí, por lo que, lo precisado por el Tribunal Constitucional fue lo más elocuente y necesario para el proceso, conforme se tiene en el fundamento cincuenta y ocho de la sentencia en donde manifiesta lo siguiente:

(...) dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda (Tribunal Constitucional, 2005, Sentencia N.º1417-2005, p. 25).

d) Casación N.º 1385-2004, Lima

A continuación, se tiene un caso sobre la nulidad de acto jurídico, por simulación absoluta, en donde la Corte Suprema de Justicia cita que, de manera obligatoria, se debe emplear la carga dinámica de la prueba para los casos de simulación, de igual manera, hace precisión que solo será en definidas premisas que se señalen.

e) Casación N.º 5247-2008, Cajamarca

De la misma forma, la casación en mención es sobre un caso de presunción de deuda conyugal, en donde la parte demandada invocó que no había manera de probar que el préstamo que había obtenido su esposo Enrique López pudo beneficiar a la sociedad conyugal. Acorde a ello, los jueces haciendo uso de la carga dinámica de la prueba, mencionaron que le correspondía demostrar lo enunciado a la parte demandada, puesto que se encontraba en mejor condición de probar, para así lograr obtener certeza de sus alegaciones.

De ello, se desprende que la teoría de la carga dinámica de la prueba se aplicó en un caso en el que únicamente se podía recurrir a ese camino, ya que la parte que realizó la demanda no podía demostrar de ninguna manera que la demandada se benefició efectivamente del préstamo que obtuvo su esposo, por lo que la única que podía acreditar

mediante pruebas lo que señalaba en la contestación de la demanda era la demandada, por encontrarse en mejores condiciones.

f) Casación N.° 3795-2019, Lambayeque

El presente caso versa sobre cómo una menor desató el síndrome neurológico Kinsbourne a causa de tener alergia a la vacuna contra la influenza; el recurso de casación interpuesto por MAVG en contra de la sentencia de vista de fecha 24 de abril de 2019, la cual fue emitida por la Sala Superior de Lambayeque, en donde confirmaron la sentencia de primera instancia en el extremo de declarar infundada la demanda de indemnización por lucro cesante, pero revocaron la sentencia en el otro extremo que declaraba infundada la demanda, declarándola fundada en parte, a causa de ello, ordenó al Ministerio de Salud y Red Asistencial de Lambayeque que de manera solidaria paguen a la demandante y a su menor la indemnización correspondiente.

Lo resaltable de esta casación es el contenido expuesto en el fundamento octavo, en el cual la Sala Suprema refiere que ante determinados casos de responsabilidad civil y con la aplicación del principio *favor victimae* o del principio *pro damnato*, se debe simplificar la carga probatoria al afectado cuando se tope con obstáculos que no le permitan alcanzar el estándar probatorio que se requiere en un proceso judicial, lo cual se logrará a través del traslado de la carga de la prueba o por la flexibilización de la carga probatoria, de esa manera, se obtiene la reparación integral del daño. De ello, se desprende que la Sala Suprema al buscar que se garantice un debido proceso, hizo acotación a la carga dinámica de la prueba, para superar toda dificultad que no permita que se demuestre o acredite el daño que el afectado ha sufrido.

g) Resolución N.° 1343-2010/SC2-INDECOPI

En esta resolución la Sala de Protección al Consumidor ha establecido la regla para la carga de la prueba, la cual es considerada de manera general, en donde será el consumidor el que demostrará mediante pruebas la falla del servicio o bien, posterior a ello ya será el

proveedor quien deberá acreditar que dicha falla no le es atribuible, se debe especificar qué es lo que habitualmente sucede, ya que el consumidor es que él ha estado en posesión del bien y/o a disfrutado del servicio, empero cuando se trata de casos médicos no se puede aplicar la misma regla, por la misma situación que el paciente se encuentra en desventaja para poder conseguir muchas veces las pruebas necesarias para crear convicción en el juez, es por ello, que Indecopi ha establecido la aplicación de la carga dinámica de la prueba en dichos casos.

La diversa jurisprudencia que se ha analizado en los párrafos precedentes, evidencia que la aplicación de la carga dinámica de la prueba no solo funciona para los casos médicos, como se denota en el caso de la jurisprudencia internacional, sino que también tiene relevancia en las diversas ramas que el derecho abarca, ello debido a que la regla general de la carga de la prueba resulta estática y no logra muchas veces que se lleve con efectividad los procesos o procedimientos, Y genera retrasos o desprotección a los derechos de las personas.

II. Jurisprudencia en donde no se utilizó la carga dinámica de la prueba

a) Expediente N.° 1997-4784, Lima

Se analiza el caso recaído en el expediente N.° 1997-4784-0-0100-J-CL-3, de fecha de emisión de Resolución de 28 de noviembre de 1997, dada en el Tercer Juzgado Civil de Lima; en el presente caso los hechos fueron los siguientes lo siguiente: se interpuso una demanda por daños y perjuicios, la cual fue accionada por I.K.R. y M.T.C., en contra de la Clínica Ricardo Palma y del médico A.F.G. de forma solidaria, teniendo como pretensión económica la suma de \$ 150,000.00 dólares. El médico A.F.G. en su calidad de ginecoobstetra fue programado para practicar una intervención quirúrgica de parto por cesárea a la demandante, la misma que dio a luz a una niña y, que de acuerdo al pediatra, se encontraba en un estado completamente sano; sin embargo, la demandante poco tiempo después fue ingresada a la unidad de cuidados intensivos, a causa de un *shock* séptico; se

diagnosticó tuberculosis peritoneal, la demandante ingresó nuevamente a hospitalización, pero en esta ocasión al Hospital Loayza, en donde se le diagnosticó obstrucción intestinal a consecuencia de la intervención (cesárea) practicada en la Clínica Ricardo Palma, ya en el Hospital Loayza se le intervino quirúrgicamente mediante una laparotomía exploratoria, encontrándose a la demandante lesiones intestinales, dos meses después, la demandante fue reingresada al hospital Loayza por una suboclusión intestinal. Se concluyó que las dos intervenciones quirúrgicas fueron ocasionadas de la cesárea practicada en la Clínica Ricardo Palma.

La decisión del juez fue declarar infundada la demanda, debido a que los demandantes no pudieron acreditar que el daño causado fue producido por el equipo médico de la Clínica Ricardo Palma; el juez consideró que los demandantes debieron de acreditar la culpa con la que actuaron los demandados, ya que ello no se puede presumir.

El juez, además de ello, fundamentó indicando que no se encontró indicio de responsabilidad o negligencia sobre el cuerpo de la paciente que acredite la responsabilidad del médico, y que tampoco se acreditó el dolo o culpa de la Clínica Ricardo Palma.

b) Expediente N.º 1998-2005, Lima

La resolución del 26 de enero de 1999 dada en el 7mo Juzgado Civil de Lima, en este proceso la demandante alegó que la Clínica Ricardo Palma no siguió los procedimientos médicos correctos para tratar su condición (insuficiencia renal), por lo que, no fue atendida correctamente y su situación se agravó, lo que le causó descompensación, y producto de ello tuvo que ser intervenida quirúrgicamente. A pesar de que algunos miembros del equipo médico admitieron su culpa ante ella, la paciente no contaba con la historia clínica completa, por ello, al momento de interponer su demanda no aportó medios probatorios suficientes; la única prueba que se aportó fue una carta en copia simple del jefe de laboratorio, reconociendo un error en el procedimiento médico; lo que conllevó a que el juez declare infundada la demanda.

En este caso, claramente existió una mala praxis por parte de la estructura sanitaria, por dicha razón, debió acreditar que sus dependientes no actuaron con dolo o culpa inexcusable. Definitivamente, la Clínica Ricardo Palma ganó un proceso judicial que no debió tener esa decisión, en caso el juez hubiese utilizado la dinamización de la carga probatoria, y trasladaba la carga probatoria a la clínica, la decisión sería distinta y la demanda habría sido declarada fundada.

c) Expediente N.º 1701-98, Lima

En octubre de 1998, la Corte Superior señaló en la sentencia del expediente en mención, que después de corroborar que la prestación otorgada al paciente fue de naturaleza contractual, desestimaba la demanda, debido a que los medios de prueba que presentó el paciente afectado, los cuales fueron actuados, no acreditaron ni dolo ni culpa inexcusable en el actuar de quienes fueron demandados. Ante ello, se denota que el paciente al no lograr demostrar el dolo o la culpa inexcusable, se le imposibilitó que este obtenga un resarcimiento por el daño que le causaron.

d) Casación N.º 2729-2007, Lima

Los hechos de la presente versan sobre una señora a quien le causaron daño cuando le realizaron una operación de histerectomía laparoscópica. La persona que realizó dicha operación era una ginecóloga obstetra; la demanda que realizó la persona afectada fue por indemnización de daños y perjuicios; es así como, en el proceso judicial, en primera Instancia, el juzgado civil declaró infundada la demanda, porque no se pudo acreditar que la profesional actuó con dolo o culpa, ello en base al artículo 1762º del Código Civil, por eso, es que la demandante presentó el recurso de apelación. En segunda instancia, la sala menciona que la persona demandada debía probar las maniobras que realizó para reducir o prever los posibles riesgos que desencadenan ese tipo de operación; la sala en ese contexto reformó la decisión del Juzgado Civil, y declaró fundada la demanda. La demandada no conforme con esta decisión presentó recurso de casación por infracción normativa de los artículos 1331º y

1762° del CC, entendiendo que la sala no debía mencionar que ella debía probar el riesgo o daño basándose en el artículo 1762°, debido a que el artículo taxativamente no manifiesta ello.

La Sala Suprema declaró fundado el recurso extraordinario, fundamentando que en la sentencia del Tribunal Constitucional N.° 1776-2004 menciona que la institución de la carga dinámica de la prueba plantea un alejamiento de la tradicional distribución de la carga de la prueba cuando esta no proporcione consecuencias positivas al proceso, empero en este caso lo mencionado en dicha sentencia no puede entrar en conflicto con una norma imperativa (artículo 196° del CPC), por dicha razón, resulta inevitable que el demandante acredite el dolo o culpa; en ese sentido; se desprende que la Sala Suprema es demasiado legalista para poder calificar lo dirimido en la casación mencionada, a pesar de que verificó que la demandante no tenía medios u opciones para poder demostrar lo que alegaba.

e) Casación N.° 1258-2013, Lima Norte

En cuanto a la presente jurisprudencia podemos evidenciar que la Corte Suprema manifestó que resulta insuficiente poder imputar responsabilidad al profesional de la salud, porque no pudo curar al paciente o por no lograr salvarle la vida, por ello debe acreditarse que el profesional no tuvo la diligencia propia de la ciencia, y no brindó el tratamiento y cuidado específico que se requería para la situación.

Lo cual demuestra que toda la carga de la prueba recae en el paciente que sufrió el daño o sus herederos de este en caso de fallecimiento.

En los mencionados casos médicos, se puede constatar que, al no poder acreditarse la culpa del profesional de la salud, las demandas han sido desestimadas, Y genera con ello que no se consiga el resarcimiento correspondiente por el daño ocasionado a los pacientes, por lo que, la consigna de la regla tradicional de la carga de la prueba ocasiona que se desfavorezca al paciente perjudicado por la dificultad o la imposibilidad que existe para evidenciar la culpa inexcusable del profesional de la salud.

2.2.2. Categoría 2: responsabilidad civil médica

2.2.2.1. Aproximaciones doctrinales

A. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil médica es el tipo de responsabilidad civil que se genera en el campo sanitario, siendo una subespecie, dentro del tipo general; por lo que, para comprender cuáles sus alcances y los conceptos estudiados, primero se debe definir y entender a la responsabilidad civil en sentido general.

La institución de la responsabilidad civil o derecho de daños como lo denomina un sector de la doctrina, se origina por dos sencillas causas; la primera, es el incumplimiento de una obligación autónoma por parte del deudor, y la segunda, que se refiere al incumplimiento del deber genérico de “no causar daño a otros”; con cualquiera de dichos incumplimientos se genera para su causante la obligación de resarcir el daño generado en favor del perjudicado de dicho incumplimiento.

En ese orden de ideas, es que el profesor Fernández (2019) define la responsabilidad civil como “el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto en cuanto es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja” (p. 19); concepto que consideramos acertado para el entendimiento de la institución que se está analizando.

Nace de esa forma la obligación de indemnizar, por lo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 1321° del Código Civil a la responsabilidad contractual, debiéndose configurar la existencia de un daño injusto y el incumplimiento de la obligación, además de ello, esta norma señala que el perjudicado tiene la carga de la prueba; por el contrario, el artículo 1969° de la norma sustantiva, regula la responsabilidad extracontractual, la cual establece que la carga de la prueba se invierte, siendo el causante el obligado a demostrar que no causó el daño (Taboada, 2018).

Para los profesores Woolcott y Fernández, los presupuestos para que se configure la responsabilidad civil, es decir, la obligación de reparar un daño son los siguientes:

Primero, la existencia de un daño injustificado; segundo, la relación causal del daño con el hecho que lo generó y; tercero, la imputación de las consecuencias del daño al sujeto o sujetos responsables de conformidad con el criterio normativo que resulte aplicable al supuesto (Fernández y Woolcott, 2018).

A continuación, en las próximas líneas se abordará uno a uno los elementos de la responsabilidad civil.

B. Elementos de la responsabilidad civil

a) El daño

En ese sentido, se debe establecer qué se entiende por daño, los profesores citados en el párrafo anterior definen el daño como “(...) toda lesión a un aspecto del ser humano, a su patrimonio personal o colectivo, ya sea derecho subjetivo o a un interés existencial del ser humano” (Fernández y Woolcott, 2018, p. 366). Cabe resaltar que, para la configuración de la responsabilidad civil, el daño causado, deberá de ser un daño injusto o injustificado.

Por su parte, el profesor francés Brun (2015) conceptualiza al daño como “cualquier lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial sufrido por una persona y que puede consistir en una pérdida o, también en una pérdida de beneficios” (p. 185). Teniendo en cuenta ello, podemos afirmar que el daño es un elemento principal para que se configure la responsabilidad civil.

No obstante, no basta con la sola existencia del daño, también el daño debe de cumplir con determinadas características para que pueda ser indemnizado; el primer presupuesto es que dicho daño sea injusto, Díez-Picazo (1999) indica que “existen daños que son resarcibles y otros que no lo son” (p. 294); con ello el profesor español indica que solo el daño injusto puede ser sujeto de resarcimiento.

El concepto de “daño injusto” fue cambiando y evolucionando a través del tiempo; en un primer momento se entendía como daño injusto cuando este afecte derechos subjetivos, es decir, que se encuentren amparados en una norma jurídica, tal como lo reconoció el Código

Civil francés; luego, el daño injusto se refería a la lesión de un interés jurídicamente protegido; en un tercer momento el daño injusto trataba sobre lesiones a cualquier tipo de interés, incluso los simples (Fernández, 2019); actualmente se puede entender el concepto de daño injusto como “(...) la lesión a cualquier tipo de interés que responda a determinado supuesto de hecho y que haya merecido juridicidad por el momento” (Fernández, 2019, p. 85).

En segundo lugar, dicho daño resarcible deberá ser cierto, en otras palabras, se debe de tener certeza fáctica y lógica. Dicho de otra manera, se debe analizar y verificar a nivel fáctico ex post facto a través del método de responsabilidad civil, simultáneamente, se debe realizar una comprobación lógica del daño, en el momento de analizar la relación de causalidad (Fernández, 2019).

Como tercer presupuesto se tiene la subsistencia del daño, este presupuesto tiene como fundamento doctrinario el fin diádico de la responsabilidad, esto es, restablecer el *statu quo* que existió antes de la existencia del daño (Fernández, 2019); con ello se refiere a que el daño no haya sido reparado anteriormente, por lo tanto, siga siendo susceptible de resarcimiento.

Finalmente, el cuarto presupuesto para que un daño sea resarcible es la especialidad del daño, esto va referido a que se debe individualizar a la víctima del daño y el interés tutelado que fue afectado por dicho daño (Fernández, 2019). El profesor Fernández explica que este presupuesto se debe entender al titular de la afectación del daño, desde una perspectiva doble, diádica y sistémica; así que, la víctima del daño puede ser una persona en particular, y también un grupo colectivo cuando se trate de intereses o daños difusos.

b) El hecho generador

Luego de haber desarrollado todos los alcances del concepto del daño como elemento necesario para la existencia de responsabilidad civil, se desenvolverá otro de los presupuestos, el hecho generador de responsabilidad civil.

La doctrina clásica mencionaba al hecho ilícito para referirse al hecho generador del daño proveniente de una fuente extracontractual, y de incumplimiento cuando se tratase de

inejecución de obligaciones (Fernández, 2019), pues se entendía que el concepto de ilicitud se basa en la culpa, de ahí el término “no hay responsabilidad sin culpa”; empero con la evolución de los conceptos e instituciones de la responsabilidad civil, el hecho ilícito o hecho antijurídico no son los únicos capaces de generar responsabilidad civil; pues al abandonar la preponderancia de la culpa, también pueden generar responsabilidad los hechos lícitos (Franzoni, 1993).

Por lo que, se debe entender que el hecho generador del daño es simplemente aquel que independientemente de su antijuricidad, tenga una relación directa de causalidad con el daño ocasionado, con esto quiere decir, que el hecho antijurídico no es propiamente un presupuesto de la responsabilidad civil, tal como lo mencionaron Wolcoot y Fernández Sessarego (2019) y el propio Fernández (2019).

c) Relación de causalidad

Es precisamente la relación de causalidad el siguiente presupuesto de configuración de la responsabilidad civil; este elemento resulta sustancial, puesto que únicamente se podrá imputar responsabilidad civil al agente dañoso, si es que efectivamente existe relación entre el hecho generador de responsabilidad y el daño causado a la víctima y en cuya realización necesariamente tuvo que intervenir.

El profesor De Trazegnies (2016) al hablar del nexo causal indica lo siguiente:

Toda relación de responsabilidad civil implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños *causados* por esta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona (...) Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar (p. 303).

Dicho lo anterior, es imprescindible la relación del nexo causal para que se configure la responsabilidad civil; entendiendo ello claro está, en forma general, ya que por la naturaleza

de la presente investigación no nos detendremos en analizar los supuestos de fracturas causales.

d) Criterios de Imputación

En último lugar, se analizarán los criterios de imputación de la responsabilidad civil; para el profesor Fernández (2019), en esta etapa se configura el “justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable” (p. 143); para el enfoque clásico el eje central de la imputación de la responsabilidad civil se basa en un criterio subjetivo, es decir, en la existencia de culpa.

La culpa fue entendida como “el quebrantamiento del deber jurídico de previsión” (Trigo, 1978, pp. 25-26); y a su vez esta se clasifica en dos clases; por un lado, la “culpa-negligencia”, entendida también como “la omisión de una actividad que habría evitado el resultado dañoso, dicho en otras palabras hacer menos de lo que debe” (Fernández, 2019, p. 144). A modo de ejemplo utilizaremos el caso del médico anestesista que omitiendo su deber en el momento de la operación, inyecta una dosis menor del fármaco en el paciente.

La otra clase de culpa es la denominada “culpa-imprudencia”, referida a que el causante actúa sin prever el posible resultado de sus acciones, que se puede entender también como “hacer más de lo que se debe” (Fernández, 2019, p. 145); el ejemplo para este caso es el conductor de un vehículo que circula a una velocidad mayor de la permitida y producto de ello causa lesiones en un peatón.

La culpa subjetiva, que se analizó, requiere también de una evaluación in concreto de la misma, es decir, analizar en concreto una situación en específico; lo que significa que para atribuirle responsabilidad civil a un sujeto se tiene que identificar tres circunstancias: las condiciones personales del sujeto, el tiempo en que se desarrolló la acción, y el lugar donde se desarrolla la conducta (Fernández, 2019); luego, con el transcurso del tiempo y la entrada de la objetivación del título de imputación de la responsabilidad civil, basado en el riesgo, se deja de analizar la culpa in concreto, para ser analizada *in abstracto*.

Un ejemplo de ello es el artículo 1320° del Código Civil, que regula la culpa leve, indicando de manera expresa que quien actúe con culpa, omita la diligencia debida; también deben de corresponder circunstancias de personas tiempo y lugar; y para un sector de la doctrina, de la misma manera se debe de valorar la culpa en la responsabilidad extracontractual (Fernández, 2019).

En el caso de la responsabilidad objetiva, el criterio de imputación ya no se basa en la culpa con la que actuó el agente, el criterio de imputación será el riesgo; el riesgo está referido a las actividades o bienes que por su naturaleza impliquen un daño *per se*.

Con ello se ha finalizado con explicar cada uno de los elementos necesarios para que se configure responsabilidad civil y que, sobre todo, el daño causado sea susceptible de ser resarcido.

C. Responsabilidad civil médica

Habiéndose precisado el concepto y los presupuestos de la responsabilidad civil, en este apartado de la investigación se tratará a fondo la responsabilidad civil médica.

La responsabilidad civil médica forma parte de la responsabilidad profesional, por lo tanto, también se sujeta a los principios generales de la responsabilidad civil (Garay, 2007). Y queda claro con ello que la responsabilidad civil médica se guía íntegramente por la responsabilidad civil general.

Si bien la doctrina a través de los años ha catalogado a la responsabilidad civil médica como “responsabilidad civil del médico” o simplemente como “responsabilidad médica”, para referirse a la responsabilidad surgida por daños causados por el médico; no obstante, en nuestro país no hay una norma en específico acerca de la responsabilidad civil médica, pues se regula desde la responsabilidad civil en general. Para la profesora Woolcott (2018), conviene en denominarla “responsabilidad médica” (p. 482), del mismo modo establece que la relación existente entre el médico y el paciente o entre el paciente y la estructura sanitaria, por lo general es de tipo contractual.

La responsabilidad civil médica supone un traslado de los costos generados por las consecuencias del daño ocasionado a la víctima o víctimas, provocado por un agente, a través de la imputación del daño a resarcir (Fernández y Woolcott, 2018); sumándose a la postura contemporánea del carácter diádico de la responsabilidad civil, en donde el objetivo primordial es el carácter resarcitorio de la responsabilidad por sobre el castigo al agente generador del daño.

El profesor argentino Lorenzetti, estudioso de la responsabilidad civil del médico, es de la idea de la unificación del sistema de responsabilidad civil, postura que también es compartida por los profesores peruanos, ya que sin importar la fuente de donde provenga el daño, ello no resulta trascendente para la víctima, es más resulta injusto, puesto que no se repara con la eficiencia debida el daño causado (Woolcott y Fernández Sessarego, 2018).

En el campo de los servicios médicos, la doctrina ha sido unánime en categorizar a la responsabilidad civil médica dentro de la responsabilidad civil contractual, con excepción de ciertos procedimientos, tales como una emergencia médica causada por un accidente de tránsito, y para el resto de los casos será una relación contractual (Lorenzetti, 2016).

El derecho argentino toma en cuenta esta postura, por ello, la planteó al momento de la reforma de su Código Civil del 2014, el artículo 1716° plasma lo siguiente “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este código” (Ley 26.994, 2014, art. 1716). Se puede apreciar de la redacción de la norma que se toma la postura del profesor Lorenzetti, pues sin importar la fuente del daño se aplicarán las mismas reglas de responsabilidad civil.

El profesor peruano Cieza (2013) plantea la posibilidad de que en los casos de responsabilidad civil por asuntos profesionales, entre ellos la responsabilidad médica, sea el profesional el encargado de demostrar que no actuó con dolo o culpa, ya que con las reglas actuales de la responsabilidad civil, es el afectado quien debe demostrarlo, colocándolo en una posición de desventaja frente al profesional, puesto que este puede disfrazar la negligencia o imprudencia como un asunto profesional de especial dificultad, y deja al

paciente la carga de la prueba del dolo o culpa inexcusable, situación que el profesor ha denominado como “prueba diabólica” (p. 79).

En su investigación, el profesor peruano desarrolla lo concerniente al factor de atribución, en este apartado indica que, si bien la legislación peruana prescribe que la responsabilidad médica es de carácter subjetivo, hay situaciones en las cuales se está volviendo objetiva:

Esto no quiere decir que la culpa tenga que desaparecer en el sistema de responsabilidad civil médica, sino que la gran variedad de situaciones que se presentan en la actividad médica y en daños generados por esta hacen obligatorio recurrir a otros conceptos a fin de reparar satisfactoriamente a la víctima del daño por acción u omisión médica (Cieza, 2013).

De ello, sugiere que la reparación hacia la víctima actualmente no es idónea, además, el profesor Cieza incide en la relación asimétrica que surge entre el paciente y el profesional de la salud y/o la estructura “se deberá aplicar el principio *in re ipsa loquitor*, en donde se invierte la carga de la prueba y es el profesional de la salud o la estructura sanitaria quienes deben de probar que actuaron, (...), diligentemente, sin dolo o culpa inexcusable” (Cieza, 2013, p. 83); reforzando la idea de una responsabilidad civil médica en donde se pueda alcanzar una decisión acorde y sobre todo justa.

La postura recogida por nuestro ordenamiento jurídico en la Ley General de Salud- Ley N.º 26842 es distinta, se menciona que el profesional de la salud solo será responsable civilmente por los daños que cause a título de dolo o culpa; de igual manera, la estructura sanitaria será responsable por el daño causado cuando medie dolo o culpa inexcusable, y se estableció el régimen contractual y sobre todo se interpreta el carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica, y por consiguiente la carga de la prueba para el perjudicado.

La Ley General de Salud si bien no define a la responsabilidad civil médica, sí menciona cuándo y quiénes serán responsables por los daños causados, el artículo 36º prescribe lo siguiente: “Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo,

son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades” (Congreso de la República, 1997, Ley 26842, art. 36).

Asimismo, el médico puede causar daños al paciente en varios momentos; puede ser en el acto diagnóstico, cuando el médico haciendo uso de la *lex artis* diagnostica de forma incorrecta al paciente; también ocurre mediante actos terapéuticos, cuando el médico o el equipo médico practicaron un tratamiento incorrecto al paciente; u ocurre cuando el médico omite información relevante al paciente respecto de su caso (Fernández y Woolcott, 2018).

Respecto de los alcances de lo que es un equipo médico, se utilizará el concepto de Eduardo Buendía (2020), quien lo define de la siguiente manera:

(...) el conjunto de personas que de manera unipersonal no puede individualizar su prestación, pero de manera coordinada y dirigida por alguien, pueden proveer respecto del paciente una utilidad que esté destinada a mejorar su situación inicial. Es por esta razón que el equipo responderá de manera conjunta al cometerse un error, puesto que no puede identificarse en qué porcentaje fue “negligencia” de uno de los profesionales de la salud (pp. 130-131).

A su vez, la responsabilidad de la estructura sanitaria se encuentra regulada por el artículo 48° de la Ley General de Salud, señalando que el establecimiento de salud será responsable de forma solidaria por los daños y perjuicios que se ocasione al paciente, por el ejercicio imprudente o negligente de su personal dependiente; señalando, en primer lugar, la responsabilidad solidaria y de una forma más sutil que la responsabilidad civil será contractual, pues se señala la negligencia e imprudencia como causal de daño, dicho de otra manera, la responsabilidad será bajo las reglas de la carga de la prueba tradicional.

Asimismo, la responsabilidad de la estructura sanitaria tiene su origen en que existe una obligación tácita de seguridad de respaldo a los integrantes del equipo médico; por lo que, el legislador peruano concluyó que la responsabilidad del centro médico es de tipo solidaria para con el paciente.

En síntesis, la responsabilidad civil médica en el Perú es aquella responsabilidad civil de tipo contractual, generada por un médico, en solitario o en equipo, o una estructura sanitaria, a título de dolo o culpa grave como consecuencia de un acto médico.

Finalmente, se debe destacar el nuevo tratamiento que le otorga la legislación argentina a la responsabilidad civil, en vista de que ha unificado los criterios de responsabilidad sin importar el origen del daño; la culpa grave también fue suprimida de la ecuación y fue reemplazada por culpa en general, incluso el tema probatorio ha sufrido modificaciones para bien, dado que la carga probatoria corre a cargo de la parte que se encuentre en mejores condiciones de demostrar la existencia o no del daño generado.

a) La *lex artis*

Los servicios que comprenden una naturaleza especial o cualidad diferenciada tienen la característica que no pueden ser realizados por cualquier agente, tal como ocurre con el servicio médico, que debe ser realizado por profesionales de la salud.

Aquella cualidad única que posee el médico y los profesionales de la salud, se le conocerá en la responsabilidad civil médica como *lex artis*, sobre ello, Sproviero (1994) menciona lo siguiente: “Es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la veterana consuetudo y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica” (p. 181).

En ese sentido, la *lex artis* se refiere a la aplicación correcta del conocimiento, principios, procedimientos y todo lo referido con la ciencia y el servicio médico; además de ello, la *lex artis* también evoluciona juntamente con los avances científicos, ya que se debe de utilizar la forma y método idóneo para cada paciente y caso en concreto.

Es por ello por lo que, el conocimiento de la *lex artis* sirve para saber si el actuar del profesional de la salud fue correcto o diligente, sobre ello Martínez-Calcerrada (1986) indica lo siguiente: “la *lex artis* permite saber si la actividad desplegada por el actor corresponde a la actuación de un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano” (p. 28).

Por lo tanto, cuando el profesional de la salud sigue adecuadamente con los procedimientos que dicta la *lex artis* actúa de forma diligente, por el contrario, cuando no, ocurre lo que se conoce como *malpraxis*, es decir, ir en contra del adecuado ejercicio profesional.

Sobre la *malpraxis*, se tiene la definición de Yungano (1986): “La omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a este” (p. 62).

Por lo tanto, cuando un profesional de la salud no cumple a cabalidad con la *lex artis*, incurre en malpraxis, en otras palabras, no realiza adecuadamente los procedimientos propios de su profesión, incurriendo en negligencia o imprudencia, Y genera con ello responsabilidad civil con el paciente.

2.2.2.2. Alcance legislativo

A. Normativa internacional

a) Código Civil y Comercial de la Nación-Argentina

Durante los últimos años, la actividad profesional de los médicos ha sido una de las más cuestionadas, debido a que los resultados de su actividad no han sido positivos, por lo cual la reciente normativa ha ingresado innovaciones, ya que la salud es uno de los temas que ahora en el siglo XXI ha tomado mayor importancia; es por ello que se analizará las innovaciones que fueron plasmadas en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN).

Existen diversos artículos que han sido incorporados, muchos de ellos preventivos, los cuales se complementan con otros que ya se encontraban regulados, de esa manera se consigue que se puedan emitir decisiones justas no solamente para aquel que sufrió el daño, sino en beneficio del colectivo igualmente.

Una de estas innovaciones ha sido incorporar el modelo resarcitorio y preventivo de la responsabilidad civil, consagrado en el artículo 1708° y 1710° del CCyCN respectivamente;

de igual manera, los artículos 1711° y 1713°, referido al cumplimiento en obligaciones de dar, hacer y no hacer, y sus posibles medidas cautelares de no innovar.

Del mismo modo, se incorpora una definición del daño en el artículo 1737°; asimismo, se establece el carácter integral de la reparación en el artículo 1740°; abarcando con ello el capital resarcitorio, el lucro cesante, los gastos, y los intereses en el artículo 1748°; así como las costas del proceso.

Particularmente para los casos de responsabilidad sanitaria el CCyCN ha establecido la regulación de la pérdida de la chance; siendo que el artículo 1739° establece la obligación para el médico de curar o en su defecto no empeorar más la salud del paciente.

Respecto a la antijuricidad, el CCyCN adopta la nueva tendencia respecto del hecho generador del daño, es decir que, exista una relación directa entre el hecho generador y el daño causado; ello se regula ante el incumplimiento del médico del deber profesional específico, se tiene como consecuencia que se genera responsabilidad; o, ante el incumplimiento de no causar daño a otros también se genera responsabilidad, por ejemplo, en el caso de transfusiones con sangre contaminada.

Sobre el estado de necesidad el artículo 1718° regula lo siguiente: "(...) c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero (...)" (Ley 26.994, 2014, art. 1718). De ese texto se puede interpretar que el médico en el intento de salvar la vida o evitar un daño mayor, interpretará y analizará cuál es la mejor decisión concreta.

Sobre la relación causal, la norma sustantiva argentina regula las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, que tengan un nexo entre el agente generador del daño y el daño causado, lo cual se regula en el artículo 1726°.

En el caso de la responsabilidad civil médica, no es suficiente el hecho de que exista una actuación negligente del médico, sino que, deberá acreditarse que el médico no actuó con la previsibilidad debida, en otras palabras, un análisis *in concreto*, y a continuación un análisis *in abstracto*.

Igualmente, se regulan los casos más comunes de fracturas causales, se tiene el caso del hecho propio de la víctima en el artículo 1729°; el hecho de un tercero en el artículo 1731°; y los casos de fuerza mayor y caso fortuito en el artículo 1730°.

Respecto del factor de atribución, el CCyCN establece en los artículos 1724° y 1768° para los profesionales la responsabilidad de tipo subjetiva, por dolo o culpa; otorgando preponderancia a la culpa. Es así como el artículo 1724° la define de la siguiente manera: “(...) La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (...)” (Ley 26.994, 2014, art. 1724).

Claro está que la responsabilidad será de tipo subjetiva cuando se trate de una obligación de medios, en la que el médico no se prometa un resultado definido, y que, por la particularidad del caso, el tratamiento no haya sido suficiente, o que por el grado de avance de la ciencia en el momento de suscitados los hechos no permita al médico prometer un resultado.

Por el contrario, en el caso de existir una obligación de resultados, el título de imputación del médico será de tipo objetivo, como lo señala el artículo 1768°.

Por último, otra de las innovaciones legislativas que incorporó el CCyCN está referida a la prueba y a su flexibilización para casos de responsabilidad médica, teniendo en cuenta los sucesos de complejidad y la responsabilidad profesional; se mantiene el criterio clásico en el artículo 1734°, de que la parte que alega un hecho deberá de probar lo dicho, empero el artículo 1735° establece que el juez podrá distribuir la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportarla al proceso.

B. Normativa nacional

a) Código Civil peruano

La responsabilidad civil médica como tal no la encontramos regulada en nuestra norma textualmente; empero podemos encontrar diversos artículos que tratan la

responsabilidad civil contractual y extracontractual, entre ellos se tienen a los artículos 1330°, 1762° y 1969° del Código Civil. De los cuales, haciendo una profundización más directa con la responsabilidad civil médica, tenemos al artículo 1762° del Código Civil que trata sobre los servicios profesional o técnicos, el cual hace acotación que el personal que presta el servicio no se verá comprometido por daños que susciten, sino tan solo por casos de dolo o culpa inexcusable.

En resumen, nuestro código no se decanta por la teoría de la unidad de la responsabilidad civil, en vista de que regula ambos sistemas por separado, cada uno con sus características propias; pudiéndose enmarcar a la responsabilidad profesional tanto en uno, como en el otro; ahora, la responsabilidad civil médica no se encuentra regulada de forma expresa, sino que se deberá recurrir para ello a lo estipulado en la Ley General de Salud, lo que a nuestro criterio resulta ambiguo, considerando que se limita la responsabilidad de los profesionales de la salud al dolo o culpa inexcusable.

b) Ley General de Salud

La ley N.° 26842 es una norma direccionada a promover la protección de la salud, dentro de su contenido encontramos diversas directrices enfocadas a regular la materia sanitaria, para que de esa manera se garantice los derechos de los usuarios.

A partir de ello, podemos apreciar una norma que tiene un enlace mucho más cercano con la responsabilidad civil médica, debido a que se centra en los profesionales de la salud directamente; en cuanto a la responsabilidad civil se tiene el artículo 36°, el cual versa sobre los daños que se hayan ocasionado a los pacientes por el ejercicio negligente, imprudente o con impericia; con esto quiere decir, indirectamente que la responsabilidad civil de los profesionales de la salud será de tipo subjetivo, con lo que la carga de la prueba corresponderá en su totalidad al paciente.

De igual forma, la Ley General de Salud al regular la responsabilidad de la estructura sanitaria en su artículo 48° nos detalla que es responsable solidariamente con los profesionales de la salud, ello en cuanto, por el perjuicio que han generado en el paciente,

debido a la negligencia, imprudencia o impericia con la que actuaron dentro de sus actividades profesionales, ello debido a la vinculación y dependencia que existe entre ambas; cabe resaltar que dicha vinculación, debe entenderse como cualquier vínculo contractual existente entre los profesionales de la salud y la estructura sanitaria, por ello el artículo 48° de la Ley se debe interpretar de forma sistemática con los artículos 1325° y 1981° del Código Civil, que mencionan que si la obligación se cumple a través de un tercero o un subordinado, y este causa un daño, ambos, de manera solidaria serán responsables civilmente.

Queda fijada de esta manera: el tratamiento que otorga la Ley General de Salud a la responsabilidad civil no involucra únicamente a los profesionales de la salud, sino también a la estructura sanitaria; además de ello, la responsabilidad civil será de tipo subjetiva en todos los casos, pues solo se reconoce el dolo o la culpa, y deja de lado el tratamiento objetivo o responsabilidad por riesgo que podría surgir de la relación médico-paciente.

2.3. Definición de Términos Básicos

2.3.1. Carga dinámica de la prueba

“Más allá del carácter de actor o demandando, en determinados supuestos de la carga de la prueba recae sobre ambas partes en especial sobre aquellas que se encuentren en mejores condiciones para producirlas” (Peyrano, 2004, p. 968).

2.3.2. Responsabilidad civil médica

Es la responsabilidad civil según sea el caso (...) que también puede ser solidaria con los miembros del equipo que han participado en un tratamiento o una intervención quirúrgica incluyendo asistentes y técnicos que han intervenido en el proceso. La responsabilidad médica podrá también comprender al establecimiento de salud del cual el médico depende laboral o administrativamente (Woolcott, 2018, p. 359).

2.3.3. Carga de la Prueba

(...) entenderemos como carga de la prueba subjetiva aquella orientada a determinar cuál de las partes debe aportar al tribunal las pruebas sobre un hecho específico en el curso del proceso. Mientras que, carga de la prueba objetiva será el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado un hecho principal (Taruffo, 2008, p. 149).

2.3.4. Daño

“Daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (Díez-Picazo, 1999, p. 307).

2.3.5. Resarcimiento

El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (Beltrán, 2010, p. 385).

2.3.6. Decisión justa

(...) es necesaria la concurrencia, de forma conjunta, de tres condiciones lo siguiente: que (i) la decisión sea resultado de un proceso justo, (ii) la correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión, así como (iii) la determinación verdadera de los hechos por el juez (Taruffo, 1997, p. 316).

2.3.7. Servicios médicos

El conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tiende, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general,

promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales (Atáz, 1985, p. 46).

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO

3.1. Hipótesis y Categorías

3.1.1. Hipótesis general

El fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica es debido a que se asegura que la parte que esté en mejores condiciones de aportar la prueba sea aquella que la incorpore al proceso.

3.1.2. Hipótesis específicas

- a) Se incorporará la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica modificando el artículo 1762° del Código Civil.
- b) El profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de responsabilidad civil médica, por ser ellos los prestadores del servicio de salud.

3.2. Categorías de Estudio

Teniendo en cuenta el tema, la problemática y los objetivos propuestos, se ha considerado dos categorías de estudio:

- a) Carga dinámica de la prueba
- b) Responsabilidad civil médica

Tabla 1*Operacionalización de la categoría 1: carga dinámica de la prueba*

Categoría 1	Definición	Dimensiones
Definición conceptual		
Carga dinámica de la prueba	“Más allá del carácter de actor o demandando, en determinados supuestos de la carga de la prueba recae sobre ambas partes en especial sobre aquellas que se encuentren en mejores condiciones para producirlas” (Peyrano, 2004, p. 968).	Jurídico procesal

Tabla 2*Operacionalización de la categoría 2: Responsabilidad civil médica*

Categoría 2	Definición	Dimensiones
Definición conceptual		
Responsabilidad civil médica	La responsabilidad profesional, y por ende la del médico, se ciñe a las reglas de la responsabilidad civil. Probado el daño injusto, determinado el factor de atribución y el nexo causal, el juez debe condenar al agente a reparar las consecuencias dañosas, tanto orden extrapatrimonial como patrimonial, no existe razón que justifique una limitación a la responsabilidad profesional (Trigo, 1978, p. 31).	Jurídico civil

CAPÍTULO IV

ASPECTOS METODOLÓGICOS

4.1. Tipos y Métodos de la Investigación

4.1.1. Enfoque de investigación

En el presente trabajo, el enfoque de investigación es de tipo cualitativo, para ello utilizaremos el planteamiento de los doctores Hernández, Fernández y Baptista (2010), quienes indican lo siguiente: “Es un conjunto de prácticas interpretativas que hacen al mundo visible, lo transforman y convierten en una serie de representaciones en forma de observaciones, anotaciones, grabaciones y documentos” (p. 10).

Teniendo en cuenta ello, es que se utilizó dicho enfoque, debido a que analizaremos y revisaremos la legislación peruana vigente, respecto a la responsabilidad civil médica, y sobre la base de ello se brindaron argumentos jurídicos para que sea incorporada la carga dinámica de la prueba.

4.1.2. Tipo de Investigación General

El tipo de investigación general es básico, tal como señala Sánchez (2017), quien afirma lo siguiente:

Busca únicamente conocer, entender, comprender y explicar la realidad, no le interesa nada más que eso. Esto es justamente lo que hace el investigador jurídico que trabaja bajo los criterios de *lege data*. Él estudia una realidad ya establecida: un ordenamiento jurídico determinado. Su intención es responder problemas jurídicos haciendo uso de todo el material legislativo, jurisprudencial y dogmático con el que se cuente en una época determinada (p. 16).

Concepto que encaja con nuestra investigación, en vista de que se fundamentó la razón por la que se debe incorporar la figura de la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación, y sobre la base de ello, se explicó de qué manera se realizará la incorporación legislativa.

4.1.3. Tipo de Investigación Jurídica

4.1.3.1. Tipo de investigación: jurídica descriptiva

Se empleó el tipo de investigación jurídica descriptiva, para entender ello se recurrirá a Aranzamendi (2013), quien indica lo siguiente “(...) tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del derecho” (p. 79). Por lo que es relevante para la presente investigación, toda vez que el objetivo establecido en la presente es determinar el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.

4.1.3.2. Tipo de investigación jurídica propositiva

De igual forma, se utilizó el tipo de investigación jurídica propositiva; esta es definida por Aranzamendi (2013) como “(...) indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico” (p. 82). Por ello, en la presente investigación se ha propuesto la modificatoria de la norma, puesto que actualmente el tratamiento de la responsabilidad civil medica en la norma sustantiva se basa en la regla general de la carga probatoria.

4.1.4. Métodos de investigación jurídica

4.1.4.1. Método de investigación jurídica hermenéutica

Se hizo uso del método de investigación jurídica hermenéutica, en vista de que de acuerdo con Aranzamendi (2013) no solo se aclara el sentido de una norma jurídica, sino que se debe analizar los hechos para poder determinar o plantear una solución posible al problema (p. 102).

Método que permitió encontrar una solución factible para la incorporación de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad médica, debido a que se analizaron los hechos, antecedentes, jurisprudencia y doctrina que han suscitado de la problemática jurídica.

4.1.4.2. Método de Investigación Jurídica de la Argumentación

Asimismo, se utilizó el método de investigación jurídica de la argumentación, dicho método es descrito por Aranzamendi (2013) como “el ejercicio argumentativo para persuadir de manera racional la validez de una conclusión en concreto” (p. 104). En la investigación se argumenta la incorporación de la institución de la carga dinámica de la prueba, y la forma de su inclusión legislativa.

4.1.4.3. Método de Investigación Jurídica Sociológico

Se optó por el presente método, sobre la base de lo manifestado por Aranzamendi (2013) se menciona lo siguiente: “(...) permite captar, mediante categorías asentadas en pautas de cientificidad social, la insoslayable interacción Derecho/sociedad” (p. 94).

La investigación contiene un trasfondo jurídico-social, dado que, al no implementarse la carga dinámica de la prueba dentro de la responsabilidad civil médica, se continuará sin poder probar la culpa del profesional de la salud y/o estructura sanitaria en la mayoría de los casos, por consiguiente, no se obtendrán decisiones favorables para los pacientes perjudicados.

4.1.5. Métodos de interpretación jurídica

4.1.5.1. Método de interpretación jurídica sistemático

Se utilizó en la investigación, el método de interpretación jurídica sistemático, que para Ramos (2007) es lo siguiente:

Determinar *qué quiere decir* una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar. De manera que para alcanzar una más acabada comprensión de la norma examinada se buscan otras normas en el interior de un sistema legal determinado (p. 168).

El presente método se utilizó en la investigación, dado que se estudiaron las normas del Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley General de Salud, que versan sobre la carga de la prueba dentro de la responsabilidad civil médica.

4.2. Diseño de Investigación

En la presente investigación se empleó como diseño de investigación el tipo no experimental, que refiere lo siguiente: “aquel que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos” (Hernández et al, 2010, p. 149).

Siendo relevante en la presente investigación, puesto que se analizó jurisprudencia nacional e internacional, referida a como se han resuelto los casos de responsabilidad civil médica utilizando la figura de la carga dinámica de la prueba y en donde se omitió el uso de este.

4.3. Población y Muestra

En la presente investigación no existe población ni muestra, debido a que es una de tipo cualitativa, por lo tanto, no hay datos cuantitativos que analizar, sin embargo, para la validación de nuestros objetivos y nuestra hipótesis, se ha utilizado revisión de datos y entrevistas a expertos.

4.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

4.4.1. Técnicas de recolección de datos

En la presente investigación se aplicó la técnica de revisión documental, la cual, según Vara (2012), tiene el propósito de “analizar información registrada en documentos, anuarios estadísticos o bases de datos” (p. 257); dado que nos permitió realizar el análisis de los diferentes documentos legales que abarca la problemática, extrayéndose información relevante.

De igual modo, se empleó la técnica de entrevista cualitativa, que se puede entender de la siguiente manera:

Una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) (...). En la entrevista, a través de las preguntas y respuestas se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema (Hernández et al, 2010, p. 149).

Dicho método fue de utilidad, pues se entrevistó a diversos operadores jurídicos, sobre el tema de la carga probatoria dinámica y nos brindaron información relevante sobre sus experiencias jurídicas, y profesionales médicos, que respaldaron la propuesta de la presente investigación.

4.4.2. Instrumento de recolección de datos

Como instrumento se utilizó la ficha de revisión de documentos, la cual como afirma Ramos (2007) “fomenta la recolección sistemática de la información; facilitan la acumulación de material disperso (...); permiten crear un banco de datos cómodos y manejable; y estimulan los procesos de abstracción, generalización y síntesis” (p. 193).

Es el instrumento idóneo y de gran importancia para la investigación, ya que nos facilitó sintetizar y organizar toda la información recabada de los diversos documentos legales.

De igual manera, se empleó la guía de entrevista a profundidad, que de acuerdo con Vara (2012) se usarán guías no estructuradas para obtener del entrevistado de forma libre sus opiniones y creencias sobre el tema en concreto; puesto que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación se requería conocer las opiniones de distintos profesionales del derecho como son: doctrinarios, jueces, entre otros; ello con la finalidad que respalden nuestra postura en la investigación, así como también profesionales médicos que nos brindaron sus experiencias y manifestaron su asentimiento con la propuesta de la presente investigación.

4.5. Técnica de Análisis de Datos

Se empleó la técnica de análisis de datos cualitativa, en vista de que como señala Vara (2012): “Analizas el contenido cualitativamente y obtienes, como resultados, informes textuales, tablas y gráficas representativas” (p. 331). De esa forma, después de revisar las fichas documentales y de analizar a profundidad las entrevistas, se arribó a diversas conclusiones, no siendo necesario para ello un análisis estadístico o numérico.

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Resultados y Discusión

Habiendo analizado la institución jurídica de la carga dinámica de la prueba y la responsabilidad civil médica, corresponde en este apartado poner en discusión si las propuestas de la hipótesis son posibles de ser aplicadas. Para ello, en primer lugar, se mostrarán los resultados del análisis documental de la legislación y jurisprudencia; en segundo lugar, se analizarán los comentarios realizados por los expertos abogados y médicos que se consultó para darle una validación práctica a la presente investigación; para finalmente formarse una posición jurídica al respecto

5.1.1. Hallazgos de la revisión documental en la normativa peruana y extranjera, así como en la jurisprudencia

5.1.1.1. Revisión legislativa

De la revisión de la normativa peruana, se tiene que el modelo legislativo para regular la responsabilidad médica y su forma de probar impiden que los pacientes (convertidos en el proceso en los demandantes) puedan probar que fueron víctimas de un daño causado por el profesional de la salud o la estructura sanitaria.

Se tiene que, la culpa en la responsabilidad contractual regulada en el artículo 1330° del Código Civil, indica que corresponde al perjudicado la prueba del dolo o la culpa, es decir, marca la pauta de la carga probatoria de forma general para todo tipo de responsabilidad contractual.

Asimismo, el artículo 1762° del Código Civil establece un régimen de responsabilidad subjetiva para la responsabilidad profesional, por lo tanto, se siguen las mismas reglas que la responsabilidad contractual común, en otras palabras, que corresponde al demandante la prueba del daño.

En el mismo sentido, se tiene lo regulado en los artículos 36° y 48° de la Ley General de Salud, que establecen que el profesional de la salud y la estructura sanitaria serán responsables del daño cuando medie dolo o culpa inexcusable.

Del mismo modo, en el Código Procesal Civil se tiene el artículo 196° que regula la carga de la prueba, bajo la regla clásica de que un hecho alegado corresponde a quien lo sostiene y al artículo 200° que establece que ante la falta de prueba la demanda se declara infundada.

Respecto de la legislación internacional se tiene en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 167° del Código General del Proceso de Colombia, que regula la carga de la prueba de manera similar a la del código peruano, con la particularidad que se le incorpora un apartado especial para la carga dinámica de la prueba, quedando el texto redactado de la siguiente forma:

Artículo 167. Carga de la prueba

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Ley 1564, 2012, art. 167).

Se aprecia que los colombianos regulan la carga dinámica de la prueba de manera textual en su código adjetivo, además de que, no se establece un momento procesal expreso para que el juez pueda dinamizar la carga de la prueba, lo que en teoría puede ser que suceda hasta antes que se dicte sentencia, Y genera inseguridad jurídica entre los justiciables. Para que sea efectiva dicha regulación de la carga dinámica de la prueba, se debería detallar de forma expresa un momento procesal definido para la inversión de la carga de la prueba

Por otro lado, en la legislación argentina se contempla la carga dinámica de la prueba directamente en su código sustantivo, esto es, que la propia norma civil establece la inversión de la carga probatoria entre la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar. El artículo 1735° del Código Civil y Comercial de la Nación regula de forma expresa la carga dinámica de la prueba, quedando el texto de la siguiente manera:

Artículo 1735. Facultades judiciales

No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (Ley 26.994, 2014, art. 1735).

Como se aprecia en lo citado, la distribución de la carga de la prueba es para la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportarla, pero al igual que con la legislación

colombiana, no se establece un momento procesal definido o límite para que el juez pueda dinamizar la carga de la prueba.

5.1.1.2. Revisión jurisprudencial

Teniendo en cuenta las normas en donde se regule la carga de la prueba, corresponde analizar algunas decisiones judiciales sobre responsabilidad médica, en donde los jueces hayan hecho uso de la carga dinámica de la prueba, así como también en donde no se utilizó. En los siguientes párrafos se detallan los casos en los que se utilizó la carga dinámica de la prueba para la resolución de las demandas.

Se tiene el caso recaído en la Causa N.º 64.847. 22/5/2015-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA F. "MJG"-Argentina; de la revisión de los hechos detallados en el marco teórico, se aprecia que, desde primera instancia, el juez declaró fundada la demanda, ello porque la legislación argentina contempla la utilización de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica; sin embargo, dicha decisión fue apelada por los médicos argumentando que no se probó la actuación culposa y no se realizó una valoración adecuada de las pruebas. En sede de apelación, la sala confirmó la demanda argumentando que quienes debieron probar la falta de negligencia debieron ser los propios médicos.

También, desde Argentina se tiene la Causa N.º 37.835. 4/2/2015-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA d. "BIFANO"-Argentina; en el mismo sentido que en el anterior caso, la demandante fue víctima de la *malpraxis* del médico que la operó, por lo que demandó indemnización por la responsabilidad civil ocasionada, en primera instancia el juez declaró fundada la demanda, dicha decisión fue recurrida y ya en segunda instancia la sala determinó que la carga de la prueba debe recaer en la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar dada la naturaleza de la responsabilidad médica.

Al igual que en Argentina, se tiene la siguiente sentencia de casación dada en Colombia, la SC 15746-2014; en donde un paciente ingresó a un centro médico por un dolor abdominal, la clínica en apariencia lo diagnosticó y lo trató, no obstante, las dolencias

persistían, por lo que después de acudir a un hospital le diagnosticaron apendicitis aguda. La demanda que interpuso radicó en la falta de atención, es decir, el actuar negligente del centro médico; la decisión que adoptaron los jueces de casación fue la de declarar fundada la demanda, en virtud de la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

En Colombia, también se tienen las sentencias de los expedientes N.º 7274 y N.º 9220 de 1992 y 1994 respectivamente, en donde a pesar de que en dicha oportunidad no se contemplaba la carga dinámica de la prueba en la legislación, la Corte Suprema resolvió el trasladar la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores situaciones de probar, que para los casos de responsabilidad médica recae en el propio profesional médico.

Mientras tanto en nuestro país, los tribunales también han hecho uso de la carga dinámica de la prueba en diversas materias, donde se traslada la carga a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar.

En ese sentido, se tiene por el lado del Tribunal Constitucional las sentencias N.º 1176-2004-AA/TC, la N.º 1776-2004-AA/TC, la N.º 1417-2005-AA/TC; en donde el máximo intérprete de nuestra constitución determinó que en los casos en los que exista dificultad probatoria, se debe de trasladar la carga de la prueba a aquella parte que se encuentre en mejores situaciones de probar.

De igual manera, nuestra Corte Suprema también ha dado sentencias utilizando la carga dinámica de la prueba, en la presente investigación se ha identificado las siguientes resoluciones lo siguiente: Casación N.º 1385-2004, Lima; la Casación N.º 5247-2008, Cajamarca y la Casación N.º 3795-2019, Lambayeque; los dos primeros casos no son referidos a la responsabilidad médica, sin embargo, se ha determinado por los magistrados supremos que cuando exista dificultad por parte de los demandantes de acreditar los hechos, porque las pruebas se encuentran en poder de la otra parte, se puede trasladar la carga de la prueba.

Finalmente, la carga dinámica de la prueba no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales, pues el Indecopi a través de la Sala de Protección al Consumidor ha

determinado en la Resolución N.º 1343-2010/SC2-INDECOPI que en los casos de servicios médicos se debe de utilizar la carga dinámica de la prueba, por la dificultad que tienen los consumidores en conseguir las pruebas necesarias.

A continuación, se detallará jurisprudencia peruana de casos de responsabilidad civil médica en donde no se utilizó la carga dinámica de la prueba.

En primer lugar, se tiene el caso recaído en el expediente N.º 1997-4784-0-0100-J-CL-3, en el presente, el juez especializado analizó un caso de responsabilidad médica, en el cual el demandante señaló el daño causado, sin embargo, no pudo acreditar la culpa del personal médico; por dicho motivo, el juez falló indicando que como no se pudo probar la falta de diligencia del médico, se debía declarar infundada la demanda, en otras palabras, se hizo uso exclusivo de las reglas contenidas en los artículos 196º y 200º del Código Procesal Civil.

En el mismo sentido, se tiene el caso recaído en el expediente N.º 1998-2005, Lima, en donde la demandante no tenía la historia clínica completa, por lo que cuando accionó la demanda no se pudo acreditar la *malpraxis* del médico, en ese sentido, el juez declaró infundada la demanda en virtud de que no se pudo acreditar la falta de diligencia con las pruebas aportadas.

Del mismo modo, se tiene el expediente N.º 1701-98, Lima, en donde se demandó la responsabilidad civil del médico, el juez determinó que, al ser el servicio de naturaleza contractual, la demandante debió de acreditar la falta de diligencia de los médicos, y que, al no acreditarse ello, se debía de declarar infundada la demanda.

Asimismo, la Corte Suprema ha dado fallos alejándose del sentido común y de la finalidad del proceso, pues se tiene la Casación N.º 2729-2007, Lima, en el cual, en primera instancia se declaró infundada la demanda por insuficiencia probatoria, empero al momento de la apelación, la Sala Superior revocó la decisión de primera instancia y declaró fundada la demanda argumentando que en casos de responsabilidad civil médica, se debía invertir la carga de la prueba, haciendo un correcto uso de la carga dinámica de la prueba; no obstante, en sede de casación, la Sala Suprema revocó la decisión de la Sala Superior por infracción

normativa del artículo 1762° del Código Civil, argumentando que debía ser el demandante el encargado de acreditar la falta de diligencia de los médicos.

En último lugar, se tiene la Casación N.° 1258-2013, Lima Norte, en donde la Sala Suprema argumentó que la carga de la prueba de la falta de diligencia del médico recae en el demandante, por lo tanto, se debía de declarar infundada la demanda.

De la revisión de la jurisprudencia se encuentran dos posturas antagónicas de los jueces, por un lado, se advierte que existen jueces legalistas que consideran que, sin importar la naturaleza del proceso, la carga de la prueba corresponde al demandante como se señala en el artículo 196° del Código Procesal Civil, y que, ante la falta de pruebas se declare infundada la demanda.

Sobre ello el profesor Cieza (2015), refiere lo siguiente:

El problema central cuando se presenta a la responsabilidad médica como un caso de responsabilidad civil contractual, es el referente a la carga de probar. De acuerdo con nuestro artículo 1331 del Código Civil recaerá sobre el paciente dañado, lo cual considero injusto (p. 62).

Por otro lado, se tiene la postura de trasladar la carga de la prueba, haciendo uso de la carga dinámica de la prueba, a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, dependiendo de la naturaleza y necesidad de cada caso en concreto.

De igual modo, se advierte de la revisión jurisprudencial, de los casos en donde se utilizó la carga dinámica de la prueba, que el juez luego de identificar que el proceso revestía de cierta dificultad o especialidad ha trasladado la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, y se logra con ello que las decisiones que se emitan resoluciones justas.

Como se ha mencionado, la falta de prueba es lo que genera que los demandantes de responsabilidad médica en la mayoría de los casos pierdan el proceso sin obtener justicia, debido a la imposibilidad que tienen para demostrar la falta de diligencia del profesional de la salud o de la estructura sanitaria.

Como ya se precisó en la revisión de la jurisprudencia internacional, en donde ya se regula la carga dinámica de la prueba, se advirtió un panorama distinto al nacional, porque los jueces al revisar un caso de responsabilidad civil médica, trasladan la carga probatoria a la estructura sanitaria o al profesional de la salud para que sean ellos, los que demuestren que no actuaron con negligencia médica; lo que convierte el proceso en uno más justo para la parte que se encuentra en una situación desfavorable, debido a la propia naturaleza de la relación médico-paciente.

Es así que, la dinamización de la carga de la prueba permitirá alcanzar el fin publicista del proceso, pues se equipará la verdad procesal y la verdad material, encontrando finalmente una decisión justa por parte del juzgador.

La posibilidad de obtener decisiones justas de los órganos jurisdiccionales es un derecho constitucional que será salvaguardado con la utilización de la carga dinámica de la prueba, y además de ello, de manera accesoria se advierte que el derecho a la salud y la integridad física de las personas también se verá protegido, en la medida que existirá mayor prevención y cuidado por parte de los profesionales de la salud al tratar los casos en general.

5.1.2. Hallazgos de las entrevistas a expertos

En este apartado, se presentarán los hallazgos obtenidos en las entrevistas a profundidad realizadas a expertos abogados y médicos, para tener un mejor entendimiento y panorama acerca de la carga dinámica de la prueba. Se ha considerado entrevistar a dos grupos de profesionales, en primer lugar, se entrevistó abogados para que comenten acerca de sus experiencias y, si en su opinión, se debe incorporar la carga dinámica de la prueba en la legislación peruana; luego de ello, se entrevistó médicos para obtener una perspectiva desde el otro lado de la investigación, con el objetivo de que nos brinden su opinión sobre si, de incorporarse la carga dinámica de la prueba en la legislación, los incidentes de negligencia médica se resolverían de manera más justa.

5.1.2.1. Entrevistas a profundidad a expertos abogados

A continuación, se expondrán las entrevistas realizadas a tres abogados especialistas en derecho civil y procesal, para abarcar un campo más amplio, se entrevistó a un juez especializado, a una abogada litigante y a un especialista en derecho procesal.

En virtud de que la presente investigación es de tipo cualitativa, se ha considerado entrevistar a abogados especialistas que de acuerdo con su labor los consideramos expertos para la presente, en primer lugar, el juez entrevistado ha conocido casos en donde se pudo haber empleado la carga dinámica de la prueba, así como brindar opinión acerca de su incorporación legislativa. En segundo lugar, la abogada entrevistada es magíster en derecho procesal y docente universitaria, por lo que su opinión acerca de la carga dinámica de la prueba resulta de especial relevancia; finalmente, el tercer abogado es especialista en derecho procesal, así como docente investigador en derecho procesal, perteneciente a organizaciones internacionales de investigación procesal, en ese sentido, la opinión vertida es de trascendental importancia.

Los expertos entrevistados son los siguientes lo siguiente:

- Jhonatan Armas Prado es abogado por la Universidad Peruana Los Andes, con cursos de especialización en derecho civil, laboral y procesal, así como una maestría en didáctica universitaria; actualmente es Juez Laboral en el 1er Juzgado Transitorio de Trabajo de Huancayo y docente universitario en la Universidad Peruana Los Andes en los cursos de Derecho de Obligaciones y Derecho Procesal I.
- Gigliola Yokoyama Consiglieri es abogada por la Universidad de San Martín de Porres, con especialización en derecho procesal, es magíster en derecho procesal por la Universidad de San Martín de Porres; ha sido docente universitaria en los cursos de derecho procesal laboral y derecho laboral en la Universidad Continental, ha sido abogada externa de diversas empresas

privadas, actualmente es abogada litigante con especialización en derecho civil y laboral.

- Dante Torres Altez es abogado por la Universidad Peruana Los Andes, con cursos de especialización en razonamiento probatorio por la Pontificia Universidad Católica del Perú; es magíster en derecho con mención en política jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor de Derecho Procesal en Universidad Continental y en la Universidad Peruana Los Andes, ha sido adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como asistente de aprendizaje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; es miembro del Grupo de Investigación de Derecho Procesal Crítico y Constitución de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, es Coordinador de la Academia de la Magistratura sede Junín; actualmente es docente investigador de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los cursos de Derecho Procesal.

El primer experto, el doctor Jhonatan Armas Prado, nos comentó lo siguiente respecto de la responsabilidad civil médica: no participó en casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, luego nos refirió un caso de esponsales en responsabilidad civil, demandándose daño moral y daño emergente; lo controversial del caso fue acerca de cómo debía probarse el daño moral, en otras palabras, si bastaba el solo incumplimiento de los esponsales para que se configure daño moral. Es decir, el mero rompimiento de una relación sentimental no implica que se acredite el daño moral, ya que no hubo suficiente actividad probatoria.

Respecto a las dificultades procesales, el experto indica que la demandante no tuvo una dificultad probatoria propiamente dicha, sino que las pruebas aportadas no fueron pertinentes e idóneas para acreditar el daño moral, lo que constituye el punto débil de dicha demanda.

Sobre la carga de la prueba en el tema médico, el experto manifiesta que en el artículo 196° del CPC, y en el 1330° del CC, se establece que el que alega un hecho debe de probarlo; no obstante, él considera que en el campo médico la carga probatoria debería de atenuarse, debido a que las pruebas no son de dominio del afectado, sino de la estructura sanitaria. La doctrina ha establecido el principio de colaboración probatoria de las partes, en donde el juez asuma una posición activa para poder dinamizar la carga de la prueba, exigiendo a la estructura sanitaria que puedan precisar lo contrario. Dicho de otra manera, se debe exigir a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar los hechos, de esa manera acredita que no tuvo la responsabilidad, ello por mandato del juez.

En cuanto a la teoría de la carga dinámica de la prueba nos comenta que muchos juristas afirman que el tema no está regulado, aunque, en el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se sostiene que la carga de la prueba en el tema contencioso si regula la carga dinámica de la prueba para casos complejos, en concreto en el artículo 32° en donde se prescribe que cuando la entidad esté en mejores condiciones de probar los hechos la carga probatoria se invierte.

Sobre la incorporación de la carga dinámica de la prueba el experto está de acuerdo, y narra que en su labor jurisdiccional ha utilizado en algunas oportunidades la inversión de la carga de la prueba, pues con ello se obtiene una verdad procesal; y reitera que la carga dinámica de la prueba no es únicamente una innovación doctrinal, sino que, si está establecida en la norma procesal del proceso contencioso, por lo tanto, faculta al juez a poder utilizarla.

De igual modo, sobre la incorporación de la carga dinámica de la prueba en la legislación procesal y civil el entrevistado considera que el hecho de que no se encuentre de forma taxativa la institución de la carga de la prueba no limita el ejercicio jurisdiccional de poder aplicarla, ya que ello se avala en la constitución y en los tratados internacionales; empero considera que sí debiese estar regulada la institución de forma legislativa para efectos prácticos.

El entrevistado es de la postura que no todos los principios necesitan regularse legislativamente para que existan, puesto que existen muchos otros principios que tienen una regulación *per se*, no obstante, reafirma que no hay una necesidad de regulación de la carga dinámica de la prueba, pero para efectos prácticos y en virtud de una uniformización de criterios si se debiese incorporar en la legislación, tal cual sucede con el artículo 33° de la norma procesal contenciosa.

En último lugar, sobre la modificación del Código Civil argentino, en donde es la propia norma sustantiva la que establece criterios procesales para los casos de responsabilidad civil médica; el experto opina que dicha innovación es sustancialmente interesante, en el sentido de que la actuación jurisdiccional se vuelva predecible, por ejemplo, en el distrito judicial de Junín existen 6 jueces civiles en las 2 salas, y algunos pueden tener diferentes criterios para casos similares, en virtud de la independencia judicial; sin embargo, reafirma que para efectos prácticos la incorporación legislativa de la carga dinámica de la prueba generará decisiones predecibles en los órganos jurisdiccionales, porque la norma te orienta a como debe ser la actividad probatoria.

En la segunda entrevista realizada a expertos abogados, se tuvo la participación de la doctora Gigliola Yokoyama Consiglieri, quien nos comentó de forma preliminar que tiene conocimiento sobre ciertos casos acerca de responsabilidad civil médica, en primer lugar el de un paciente fue víctima de negligencia por parte de los médicos, narra que el paciente sufría de diabetes, y la enfermedad había llegado a afectar las extremidades inferiores, producto de ello se le debía amputar una de las piernas, no obstante, al momento de la intervención los médicos amputaron la pierna equivocada, y refirieron que en la historia clínica no se especificaba que pierna debían amputar, por ello realizaron una verificación en el momento y amputaron la que se encontraba más comprometida, ahora bien, cuando el paciente despertó refirió que era la pierna equivocada; a causa de ello, el afectado demandó a EsSalud y ganó la demanda se obtuvo una reparación de un millón de soles.

La experta señala que en este caso al ser evidente la negligencia de la estructura sanitaria no hubo dificultad probatoria para demostrar la responsabilidad civil médica, pues era el propio paciente el que determinó que la pierna a operarse era la otra.

De manera semejante, nos refiere otro caso referente a un accidente de tránsito, nos detalla que al afectado se le aplicó una técnica incorrecta para la inmovilización de la extremidad afectada, producto de ello se generó una necrosis generalizada, y ocasiona que se le tenga que amputar la pierna, es así que el afectado inició una acción judicial contra los profesionales responsables y el proceso llegó hasta la Corte Suprema, en la que finalmente ganó el proceso por responsabilidad civil médica.

Respecto a las dificultades en los procesos de responsabilidad civil médica, menciona que las adversidades son de naturaleza económica y también de pérdida de tiempo para el paciente, ya que es el propio afectado el que tiene que iniciar un trámite administrativo previo para obtener las pruebas de la propia estructura sanitaria, Y genera gastos innecesarios que afronta el propio paciente. Esos son algunos de los obstáculos que muchas veces generan que las personas afectadas desisten de iniciar un proceso judicial, a ello se le debe sumar que los pacientes no tienen conocimiento de que medios probatorios deban recabar.

Asimismo, manifiesta que la fuente de prueba directa la tiene la estructura sanitaria, y que el paciente no tiene una facilidad probatoria para obtener los medios probatorios que necesita para demostrar la responsabilidad civil médica; puesto que en estos acontecimientos no existe igualdad para probar, afectando a la parte débil de la relación procesal, que viene a ser el paciente.

Sobre la carga dinámica de la prueba precisa que se convierte en una forma de flexibilizar la carga estática al momento de probar, igualmente, hace mención que no se debe utilizar para todos los casos como una regla general, sino que, para ciertos acontecimientos, como lo es la responsabilidad civil médica y que, en el proyecto de reforma del código procesal civil, se incorpora la carga dinámica de la prueba.

Del mismo modo, la entrevistada nos refiere que la decisión de invertir la carga probatoria en un caso de responsabilidad civil médica alteraría la preclusión procesal, debido a que cuando el juez advierta que existe una desigualdad evidente para la producción probatoria, se debe de dinamizar la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportarla al proceso, y que también se debe de permitir a la otra parte un momento para la defensa, para no romper el contradictorio procesal, y con ello el juez no se parcialice con la otra parte.

En cuanto a la incorporación en la legislación peruana de la carga dinámica de la prueba, la experta señala que considera adecuada dicha incorporación para solucionar la dificultad probatoria en los sucesos de responsabilidad civil médica, tal como sucede con la modificación legislativa argentina; refiere que muchas veces no se obtienen sentencias fundadas no porque el demandante no tenga la razón, sino, porque no pudo probar debido a la falta probatoria y la dificultad en el momento de obtener las pruebas; y que resultaría idónea por un tema de predictibilidad y sobre todo de alcanzar una decisión justa que el juez pueda dinamizar la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.

De la misma forma, la tercera entrevista se realizó al doctor Dante Torres Altez, quien en su labor jurisdiccional menciona tener conocimiento de varios casos de responsabilidad médica, que en la Sala Civil Permanente de Junín ha visto expedientes en revisión, en donde el juez de primera instancia no realizó la inversión de la carga de la prueba, asimismo, que en los diversos casos que se resuelven en segunda instancia no ha visto la inversión de la prueba, y cree que no ha pasado ello por un desconocimiento del juez sobre el momento en que se debe o se puede aplicar la inversión, considera que la regla no puede aplicarse al final, esto es, al momento de dictar sentencia, sino que debe de haber un momento máximo establecido para poder invertir la carga de la prueba.

Respecto a las dificultades que se tuvo en dicho caso, manifiesta que la parte demandante fue para aportar las pruebas al proceso, por la propia naturaleza del caso, sin

embargo, el paciente falleció y la familia no tuvo acceso a la historia clínica y demás documentos que pudieran demostrar la responsabilidad de la estructura sanitaria.

Por otro lado, en la discusión doctrinal se ha establecido posiciones a favor y en contra de la carga dinámica de la prueba, empezando por los críticos de la teoría, quienes cuestionan que no se señale el momento procesal para que se realice la inversión de la carga probatoria; y que, por el lado de los defensores de la postura, señalan que la finalidad de la inversión de la carga probatoria es buscar una decisión justa en el proceso.

En ese sentido, si la parte afectada alega el hecho de la negligencia médica y no aporta las pruebas que corroboren ello, inevitablemente perderá el proceso, lo cual convierte injusto para el demandante el proceso, sobre ello, el entrevistado refiere que en la legislación comparada, precisamente en Brasil, con la modificación del código procesal civil, se ha establecido un principio de colaboración entre las partes, para que sea la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar las pruebas al proceso.

En cuanto al modelo probatorio en la responsabilidad civil médica, el experto señala que no considera correcto el actual modelo, y no solo en la responsabilidad médica, sino en otros tipos de responsabilidad civil, debido a la facilidad probatoria que tiene la parte demandada, pues debido a su especialidad y a la naturaleza de esta, se encuentra en mejores condiciones de probar.

Sobre la incorporación de la carga dinámica de la prueba en el código procesal civil, considera que el proceso se volvería más justo, en la medida que, ante la inversión de la carga probatoria, el juez incluso podría incorporar una audiencia para que se actúen las pruebas nuevas y que se genere un debate probatorio, eso enriquecería al proceso, y con ello el juez tendría mayores elementos con los que resolver la causa, acercándose a un grado alto de probabilidad.

Menciona que dicha incorporación se podría hacer a nivel jurisprudencial, y dictarse a través de una sentencia vinculante para todo el país dichas reglas de inversión probatoria, sin embargo, el hecho de que se haga de ese modo podría traer consigo algunos errores y/o

excesos, por eso es preferible que la incorporación de la carga de la prueba se haga a nivel legislativo.

En relación con el momento procesal para que el juez pueda dinamizar la carga de la prueba, comenta que no puede ser al momento de emitir la sentencia, porque sería absolutamente arbitraria; por ello opina que el momento procesal idónea para ello sería en el momento del saneamiento procesal, para que pueda existir un contradictorio entre las partes y se coadyuve con el debate procesal, o excepcionalmente incorporar una audiencia adicional antes de emitir la decisión; para luego de ello pasar a la etapa de la actuación procesal, evitando con ello inseguridad jurídica.

Finalmente, el experto emite una opinión sobre la incorporación legislativa manifiesta estar a favor, en el sentido de que habría seguridad jurídica y las decisiones de los jueces no serían distintas en los diversos órganos jurisdiccionales; y que la carga probatoria dinámica a pesar de sus críticas sería un paso adelante en la actual regulación procesal peruana.

5.1.2.2. Entrevistas a profundidad a profesionales médicos

Llegado a este punto, se mencionará los hallazgos encontrados en las entrevistas realizadas a cuatro médicos, de los cuales se entrevistó a dos médicos cirujanos, a un médico director de un centro de salud y a un médico legista.

Se considera que son expertos debido a que son médicos que se encuentran en constante contacto con el tema, además, se estableció que debido a su experiencia aportarían conocimientos acerca de la actividad médica, es decir, la *lex artis*, para de esa forma poder validar la hipótesis planteada.

Los expertos entrevistados son los siguientes:

- Jorge Vila Castro es médico cirujano por la Universidad Peruana Los Andes, ha sido médico en clínicas privadas; actualmente es médico del área de emergencias en el Servicio de Atención Médica de Urgencias de la Red de Salud del Valle del Mantaro.

- Teresa Santa María es médico cirujano por la Universidad Peruana Los Andes, ha sido médico de emergencias en clínicas privadas, actualmente es médico de área de maternidad del Hospital Regional Docente Materno Infantil “El Carmen”.
- Diego Matos Knutzen es médico cirujano por la Universidad Peruana Los Andes, tiene especialización en urgencias, emergencias y desastres; ha sido médico general de la clínica Cayetano Heredia; actualmente es director del Centro de Salud de Concepción y de la Micro Red de Salud de Concepción.
- Omar Escate Arias es médico cirujano por la Universidad de San Martín de Porres, su especialidad es la medicina forense, es Magíster en Educación Universitaria; actualmente es jefe de la División Médico Legal de Jauja-Distrito Fiscal de Junín, es profesor universitario en la Universidad Peruana Los Andes y la Universidad Continental.

El primer experto médico es Jorge Vila Castro, quien es médico cirujano y actualmente labora en el Servicio de Atención Médica de Urgencia (SAMU), en su labor ha tenido conocimiento directo de un caso de negligencia médica, el cual versa sobre un parto eutócico con la consecuencia de la muerte del feto, debido a que no llevaba un control prenatal adecuado, la paciente llegó en estado crítico. Por lo que debía quedarse en observación para evaluar su evolución, sin embargo, tanto el esposo de la afectada como la propia paciente no quisieron permanecer en el hospital, incluso firmaron la negativa; doce horas después la paciente volvió con un sangrado mucho más grave, motivo por el cual se le tuvo que referenciar al Hospital El Carmen, con las implicancias que ello significa (programación, coordinación y exámenes), cuando se le hace el control fetal se advirtió la ausencia de ruidos cardíacos fetales, incluso la propia paciente refirió que no sentía el movimiento del feto; por lo tanto, se concluyó preliminarmente que el feto había muerto.

Cuando la paciente llegó al Hospital El Carmen, se confirmó que el feto había muerto dentro del vientre de la madre, por lo que, la familia culpó a los médicos por la muerte del

feto; finalmente, los profesionales de salud que atendieron a la paciente emitieron su informe en la Diresa, explicando la historia médica a detalle.

Respecto de las dificultades en el proceso, el entrevistado desconoce las dificultades del paciente, pero menciona que para esclarecerse los hechos se citó a todo el personal médico que participó para declarar o realizar sus descargos del hecho.

En relación con que sea el paciente el encargado de demostrar que existió negligencia médica, el experto señaló que en el caso que tuvo conocimiento, la estructura sanitaria remitió la historia médica cuando fue requerida, aunque desconoce si fue de forma célere.

Finalmente, respecto de si estaría de acuerdo con que se incorporara en la legislación una figura procesal para equiparar la posición del paciente con la de la estructura sanitaria, manifestó estar de acuerdo, porque con ello se determinaría con mayor precisión si fue el médico o la estructura sanitaria los responsables de la negligencia médica.

En segundo lugar, se entrevistó a la médico cirujano Teresa Santa María, ella nos comenta acerca de su experiencia profesional sobre un caso de negligencia médica, el caso es sobre una muerte materna, la paciente estaba embarazada y no fue diligente en cuanto a sus controles prenatales, transcurrió el tiempo y sufrió de un parto prematuro a las 35 semanas; la paciente dio a luz en su propia casa con el partero local, enseguida la mamá empieza a sangrar, por lo cual llamaron a emergencia del centro de salud, no obstante, por la geografía de la localidad el tiempo de distancia era de dos horas y media, sumado a ello por la lluvia la ambulancia se quedó atascada; cuando el equipo médico llegó, la paciente estaba visiblemente desangrada, y se le aplicó el procedimiento de reanimación y de rescate, procediendo a trasladarla con la ambulancia al Centro de Salud, empero en el transcurso la paciente falleció. El caso entró en investigación, pues los familiares indicaron que se habría tratado de una negligencia médica del personal médico que atendió a la paciente.

Las dificultades para el equipo médico en la investigación están referidas al tiempo que demandan las investigaciones, ya que muchas veces las declaraciones de los médicos se programan en fechas que se tienen guardias o similares.

Respecto a las pruebas de los pacientes, la experta médica refiere que está de acuerdo con que los pacientes puedan tener una igualdad probatoria con la estructura sanitaria.

Sobre que se incorpore una figura procesal en la que sea la estructura sanitaria la encargada de aportar las pruebas al proceso para que se esclarezcan los hechos, se mostró totalmente conforme con ello, ya que de esa forma se tendría justicia en los procesos y se determinaría quien tuvo la responsabilidad del daño causado al paciente.

El tercer experto médico es el médico cirujano Diego Matos, él es director del centro de salud de Concepción, menciona que sí tuvo conocimiento de un caso de negligencia médica en el pasado, en el cual fue partícipe, en donde lo llamaron para hacer sus descargos. Respecto a que sea el paciente el llamado a probar la negligencia médica, el experto manifiesta que eso no es lo adecuado, puesto que el paciente no tiene conocimientos en medicina.

Referente a si la estructura sanitaria debería de aportar las pruebas al proceso para esclarecerse la verdad de los hechos, nos expresó que está de acuerdo, y que, en su experiencia en un proceso penal, la fiscalía solicitó la historia clínica a la estructura sanitaria. En relación con la incorporación de la carga dinámica de la prueba, el experto se muestra a favor de ello, para que el proceso judicial sea más justo para el paciente y finalmente se determine la verdad de los hechos.

En último lugar, tenemos la cuarta entrevista a expertos médicos, realizada al médico legista Omar Escate Arias, respecto de si tiene conocimiento de algún caso de negligencia médica, nos refiere que ha visto varios acontecimientos de responsabilidad médica en general, incluyendo impericia, inobservancia de reglas y negligencia propiamente dicha; más a detalle narró la historia de una señora que fue intervenida quirúrgicamente en Huancayo y posteriormente fue trasladada a Lima, sin embargo, producto de una negligencia por parte del equipo médico en Huancayo, la paciente fallece, y se encontró posteriormente

responsable a los médicos por no actuar de acuerdo al protocolo establecido. Por otro lado, alude que no tiene conocimiento de si hubo dificultades procesales para el paciente.

Sobre que sea el paciente el encargado de probar la negligencia médica, señala que la estructura médica entrega la historia clínica, aunque muchas veces la misma no es legible, dificultando el proceso para las partes. Del mismo modo, respecto de que se incorpore una figura jurídica para que se invierta la carga de la prueba, el experto considera que tanto el médico como la estructura sanitaria deben de estar en la obligación de aportar las pruebas necesarias para aclarar los hechos.

5.1.3. Implementación de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica

Sobre la base de las respuestas y comentarios de los expertos consultados, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la carga dinámica de la prueba resultaría muy útil para demostrar la culpa en la responsabilidad civil médica, no obstante, se deben hacer ciertas precisiones para que dicha incorporación sea apropiada y sobre todo sea posible de ser utilizada en la práctica.

5.1.3.1. Sobre su incorporación legislativa

En este apartado, corresponde analizar si es necesaria que la carga dinámica de la prueba sea regulada de forma legislativa; de acuerdo con los comentarios de los expertos abogados, los tres entrevistados coinciden en que resultaría favorable que se pueda dinamizar la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica, debido a que los profesionales médicos y las estructuras sanitarias se encuentran en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, y que, si dicha dinamización se establece a nivel legislativo habría mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

Asimismo, se ha comentado por parte del profesor Dante Torres, que la inversión de la carga probatoria se podría tratar a nivel jurisprudencia, así como ocurrió en su oportunidad en Brasil, es decir, que se establezca a nivel de doctrina jurisprudencial la posibilidad de

dinamizar la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica, en donde el juez advierta la incapacidad probatoria del demandante.

Una postura similar fue la manifestada por el profesor Jhonatan Armas, que mencionó que el juez no necesita de una norma preestablecida, ya que en virtud de su independencia y que, al advertir alguna desigualdad en el proceso, podrá solicitar a la otra parte lo que considere pertinente.

Ambos profesores coinciden que pueden existir alternativas jurisprudenciales para la regulación de la carga dinámica de la prueba; empero mencionan que el hecho de que se regule de manera legislativa generará seguridad jurídica y predictibilidad en las decisiones judiciales; puesto que si la carga dinámica de la prueba se menciona en la legislación, cualquier juez del país seguirá el modelo dictado por la norma, Y genera con ello que las decisiones del poder judicial sean uniformes, por consiguiente, los demandantes estarán seguros de que en los casos de responsabilidad médica, se invertirá la carga de la prueba, porque así lo establece la norma; a esta postura también se adhiere la profesora Gigliola Yokoyama, indicando que de esa forma no existirá temor en los jueces de ser denunciados de un posible prevaricato, pues si la norma lo establece de forma expresa, no se incurrirá en delito.

Finalmente, los tres abogados coincidieron que desde un punto de vista pragmático resulta adecuada y necesaria que la carga dinámica de la prueba sea regulada de forma legislativa, en los casos de responsabilidad civil médica. En ese sentido, se debe de determinar cuál es la norma jurídica que debe de modificarse para incorporar la carga dinámica de la prueba en los casos responsabilidad civil médica.

Al analizar las normas procesales, se encuentra que el artículo 196° del Código Procesal Civil regula las reglas de la carga de la prueba, y se estableció que quien alega un hecho, tiene el deber de probarlo. Sin embargo, el legislador ha establecido una excepción expresa a la mencionada norma, es decir que, se aplica para todos los casos con las

salvedades que se contemplen en la ley, dicha excepción permite que otras normas establezcan una regla probatoria diferente.

Por ejemplo, el artículo 1969° del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual, y se establece una regla probatoria distinta, pues se determina que los descargos por falta de culpabilidad corresponderán al autor. El legislador cuando redactó la norma procesal estableció excepciones pensando en casos como el mencionado en el párrafo anterior, en donde en la propia norma se establezca la regla probatoria en particular.

En el mismo sentido, para el caso en concreto, para la incorporación de la carga dinámica de la prueba en la legislación, no será necesaria que se modifiquen las normas procesales, pues, el artículo que regula la carga de la prueba ya establece una salvedad a la regla general. Por lo que, después de analizar lo mencionado por los expertos médicos y la jurisprudencia, se establece que la norma en donde se debe incorporar la carga dinámica de la prueba es una de carácter sustantivo. Concretando la idea, la carga dinámica de la prueba debe de ser incorporada en el artículo 1762° del Código Civil que regula la responsabilidad profesional, pues de esa forma se establecerá una norma específica de tratamiento probatorio.

En ese orden de ideas, de acuerdo con lo analizado se ha corroborado que el prestador de servicios de salud se encuentra en mejores condiciones de probar la diligencia debida en sus actuaciones, en lugar de que el demandante pruebe la negligencia en el actuar del profesional de la salud o de la estructura sanitaria.

La prueba de la diligencia en las actuaciones o *lex artis* del profesional médico, se encuentra completamente en el dominio del prestador del servicio de salud, por lo tanto, la actual regulación impone una regla injusta al paciente, en la medida de que no tiene los medios para probar la negligencia en el actuar del prestador de salud. En ese sentido, únicamente incorporando la carga dinámica de la prueba en el artículo 1762° se logrará de manera práctica que en los procesos sean los prestadores de servicios de salud los que

aporten las pruebas de la diligencia, sin la necesidad de realizar una modificación adicional a nivel procesal.

Con la incorporación de la carga dinámica de la prueba únicamente a nivel sustantivo, se evita que se modifiquen normas procesales adicionales de forma innecesaria, así como se elimina la desventaja generada en las legislaciones comparadas, de establecer un momento procesal para que el juez realice la inversión de a carga probatoria, dado que, con la modificación del artículo 1762° se establece como norma general para todos los casos de responsabilidad médica, la inversión de la carga probatoria, es decir que, se respetan y mantienen todas las etapas procesales, pues desde un inicio se determina quién debe de tener la carga de la prueba.

Adicional a ello, se elimina la posibilidad de que se vulnere el debido proceso del prestador del servicio de salud, ya que se establece como regla que para todos los casos la prueba de la diligencia en el actuar profesional corresponderá al profesional de la salud y/o a la estructura sanitaria, evitando de esa forma que el juez invierta la carga de la prueba en instancias finales y deje sin capacidad de una defensa eficaz al prestador del servicio.

En síntesis, se determina que la forma más eficiente para la incorporación de la carga dinámica de la prueba es hacerlo únicamente en el artículo 1762° del Código Civil, pues de esa forma se logra superar la problemática planteada y no se atraviesan por las dificultades que sucedieron en las legislaciones vecinas.

Sobre el tratamiento legislativo que se hace en Colombia y en Argentina, se advierte que en ambos países se incorpora la carga dinámica de la prueba como una facultad del juez para los casos que revisten de complejidad y de especialidad, como lo es la responsabilidad civil médica.

Consideramos acertado que en los países mencionados ya se haya incorporado la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica, sin embargo, discrepamos en la forma de la incorporación legislativa. El hecho de que se mencione que el juez pueda invertir la carga probatoria y no establezca un momento procesal genera críticas

de que con la inversión probatoria se vulneran derechos contenidos al debido proceso y que no existe una regla clara para la distribución de la carga de la prueba.

Es por ello que, la propuesta arribada en el presente radica en realizar la incorporación de la carga dinámica de la prueba directamente en la norma sustantiva y establecer dicha dinamización como una regla general para todos los casos de responsabilidad civil médica, constituyéndose en norma de carácter imperativo, es decir, que no estará sujeta a la consideración de juez.

Se determinó ello de acuerdo con lo mencionado por los expertos abogados, en el sentido de que los jueces pueden tener diferentes criterios para casos similares, Y genera inseguridad jurídica, por lo que, nuestra propuesta plantea el establecimiento de la regla general de inversión de la carga probatoria.

Respecto de la crítica del momento procesal realizada en Argentina y Colombia, mencionamos que, al no determinarse de forma expresa, ello se puede sujetar a diversas interpretaciones, por lo que, en nuestra propuesta superamos dicha crítica en la medida de que se establece desde un inicio la dinamización de la carga de la prueba, por lo que no existirá inconvenientes sobre este extremo.

En ese sentido, consideramos que la posibilidad de incorporar la carga dinámica de la prueba en la legislación procesal no sería necesaria para que produzca efectos positivos tal como se sustentó. De igual modo, tampoco sería necesaria la modificación del artículo 1330° del Código Civil, pues si bien es cierto dicho dispositivo regula la responsabilidad civil contractual, el artículo 1762° regula la responsabilidad profesional de manera específica.

Por tanto, después de analizar todos los resultados se concluye que la incorporación de la carga dinámica de la prueba en la legislación debe de realizarse en el artículo 1762° del Código Civil, y se estableció un supuesto que determine que en los casos de responsabilidad médica debe de corresponder al propio prestador de servicios la prueba de la actuación con la diligencia debida, liberando de dicha carga al demandante.

5.1.4. Otras instituciones procesales

En este apartado se mencionará algunas instituciones procesales que de acuerdo con algún sector de la doctrina podrían cumplir con la misma finalidad que la carga dinámica de la prueba, se explicará las más relevantes y se evidenciará el porqué, la propuesta de la presente investigación resultaría más eficiente.

5.1.4.1. La prueba de oficio

Una institución procesal que se señala desde otras posturas como solución a la falta de capacidad probatoria de los demandantes en los procesos es la prueba de oficio.

La prueba de oficio se regula en el artículo 184° del Código Procesal Civil, la cual consiste en una figura que permite a los jueces actuar medios probatorios adicionales y que sean pertinentes para dilucidar la controversia que se les presente cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes no han formado la suficiente convicción

La finalidad de la prueba de oficio radica en que el juez alcance la verdad procesal cuando las pruebas de las partes no conduzcan a ello, en ese sentido el juez colaborará con las partes para alcanzar la verdad procesal (Obando, 2008)

A nivel jurisprudencial, se ha desarrollado la prueba de oficio en el X Pleno Casatorio Civil, en donde se han establecido algunas reglas procesales para su utilización, entre las que resalta la facultad del juez para su aplicación, es decir que, no hay una obligación expresa, así como los límites para su actuación.

La primera precisión a realizarse es el momento procesal en donde el juez pueda invertir la carga de la prueba; de acuerdo con las respuestas de los entrevistados, se indicó que tiene que establecerse un momento máximo para que el juez pueda dinamizar la carga de la prueba a la otra parte, de igual modo, se mencionó que no sería justo para el demandado que se haya llevado todo el proceso con la regla común, y justo en el momento de dictarse sentencia el juez indique que dinamizará la carga de la prueba, pues de esa forma el demandado perderá el proceso sin la oportunidad de haberse generado un contradictorio.

El segundo punto débil de la prueba de oficio regulada en nuestra legislación es la facultad del juez de recurrir a ella, consideramos que el hecho de que no sea obligatoria, incluso cuando el juez advierte la poca solidez probatoria debilita esta institución, ya que el juez no está obligado a utilizarla, Y genera que por temor a un cuestionamiento de la imparcialidad no se utilice, evitando lograr la finalidad de alcanzar la verdad procesal.

En comparación con la propuesta de la presente investigación, al estar incorporada la carga dinámica de la prueba en la legislación sustantiva para todos los casos de responsabilidad civil médica, se logra alcanzar predictibilidad y uniformizar criterios judiciales, además de que no hace falta establecer un momento procesal o que el juez decida ello, ya que, al establecerse como regla de responsabilidad profesional, se invierte la carga de la prueba desde los actos postulatorios.

5.1.4.2. La colaboración procesal

Como antecedente directo del principio de colaboración procesal, se tiene lo regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en donde se contempla a la colaboración como una regla de conducta.

El juez al ser el director del proceso impone a las partes el actuar con buena fe procesal, siendo parte de ello la posibilidad de colaborar con la obtención de la verdad procesal. Asimismo, el juez al percatarse de una posible deficiencia probatoria solicita a la otra parte en virtud del principio de colaboración que aporte las pruebas necesarias, bajo apercibimiento de imponerse una multa ante el desacato.

Sin embargo, dicho apercibimiento no es lo suficiente gravoso, como para que el que se encuentre en mejores condiciones de probar aporte los medios de prueba al proceso, ya que no existe una sanción procesal de pérdida del proceso.

En ese sentido la propuesta planteada en la presente investigación de dinamizar la carga de la prueba en virtud de un mandato legal resultaría más eficiente en lograr el fin del proceso de alcanzar una decisión justa, en la medida de que, al estar contenida como regla dentro del Código Civil, es el prestador de servicios el que tiene que demostrar la diligencia

debida en su actuación, no haciendo falta un requerimiento del juez, pues es la propia norma la que lo dispone así.

5.1.4.3. La prueba anticipada

El Código Procesal Civil establece como regla general que los medios probatorios sean ofrecidos en la etapa postulatoria, y que la actuación de estos se verá en otra instancia, conocida como audiencia de pruebas.

En ese sentido, la prueba anticipada permite actuar algún medio probatorio en un estadio distinto al de la audiencia de actuación de pruebas, porque dada su naturaleza se corre el riesgo de no poderse actuar en la etapa correspondiente, entonces para salvaguardarla, en virtud de la inmediatez y urgencia la ley permite su actuación de forma anticipada.

Para la presente investigación el problema no radica en la oportunidad o actuación de algún medio de prueba, por el contrario, la dificultad radica en la obtención del medio de prueba, los pacientes tienen dificultad para probar la falta de diligencia del personal sanitario y también existe la dificultad para obtener algún medio de prueba idóneo para acreditar su pretensión. En ese sentido, la institución procesal de la prueba anticipada que se regula actualmente no es una solución a la problemática que se expone en la presente investigación.

5.1.5. La carga dinámica de la prueba

A diferencia de las otras instituciones procesales, la carga dinámica de la prueba permite que se traslade la carga de la prueba, para que la parte que se encuentre en mejores situaciones de aportar la prueba al proceso lo haga, lo cual resultaría idóneo en los casos de responsabilidad civil médica, dada su especialidad.

Al contrario, con la prueba de oficio regulada en nuestra legislación, la carga dinámica de la prueba que proponemos será de utilización obligatoria en la mayoría de los casos en los que no se cuente con los suficientes medios probatorios para los casos de responsabilidad civil médica, debido a su naturaleza especial, y se logra que las pruebas de la posible

negligencia del acto médico sean aportadas al proceso por el profesional de la salud o la estructura sanitaria.

Además de ello, la propuesta del presente trabajo radica en que se modifique la regla probatoria de los prestadores de salud en el código sustantivo, Y genera una regla general de aplicación obligatoria en todos los procesos.

CONCLUSIONES

Esta investigación arribó a la conclusión de que la razón por la que debe dinamizarse la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica es en virtud de que los profesionales de la salud y/o estructura sanitaria son aquellos quienes se encuentran en mejor condición probatoria, y no cuentan con dificultad para incorporarlas al proceso, ello en cuanto en el sistema jurídico peruano resulta muy complicado para el paciente perjudicado, convertido en el demandante, pueda probar la responsabilidad civil del profesional de la salud o a la estructura sanitaria, ya que las pruebas que necesitaría para acreditar sus alegaciones se encuentran en poder de la otra parte. Por lo tanto, sobre la base de las normas procesales y sustantivas, la demanda de responsabilidad civil médica será declarada infundada, y no necesariamente porque no tenga razón el demandante, sino, porque no se ha generado una certeza en el juzgador debido a la insuficiencia probatoria. Es por esto que el prestador del servicio, al ser la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de probar, deben aportar las pruebas necesarias, de ese modo facilitará a que el juez determine sobre la base de una valoración racional de las mismas, si las alegaciones que menciona el demandante son verdaderas o si, por el contrario, la estructura sanitaria y/o el profesional de la salud no actuaron con negligencia.

De esa forma, para poder incorporar dicho instrumento se debe modificar el artículo que desarrolla la responsabilidad médica; es decir, el artículo 1762° del Código Civil, en cuanto se debe aumentar un párrafo en donde manifieste que en los casos de responsabilidad médica recae en el prestador del servicio la carga de la prueba, por encontrarse en óptimas condiciones de proporcionar el medio probatorio.

De manera adicional, otro cuerpo normativo que merece modificarse es la Ley General de Salud; particularmente los artículos 36° y 48°, referidos a la responsabilidad ocasionada por la negligencia o imprudencia, tanto de los profesionales de la salud como de la estructura sanitaria, dicha redacción establece que la responsabilidad civil al ser por culpa, es de naturaleza contractual, por lo tanto, corresponde al paciente la carga probatoria, por tal razón,

se debe aumentar un párrafo en el que refiera que se debe cumplir con lo establecido en el artículo 1762° del Código Civil, el cual establece que corresponde al prestador del servicio aportar las pruebas al proceso por encontrarse en mejores condiciones, y de esa forma demuestre que su actuar fue diligente al momento de brindar el servicio médico.

En definitiva, es cierto que el juez en virtud de su independencia y los mandatos constitucionales y convencionales, puede aplicar, incorporar, solicitar u ordenar a las partes en virtud de su potestad ciertas actuaciones, como podría ser la inversión de la carga de la prueba, o se podría incorporar la carga dinámica de la prueba mediante jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, ello no siempre ocurre; por dicha razón, es que la incorporación de la carga probatoria dinámica a nivel legislativo generará que exista predictibilidad de las decisiones judiciales, seguridad jurídica en los justiciables y sobre todo se alcance un proceso justo.

Por último, la dinamización de la carga de la prueba permitirá la obtención de decisiones justas en los procesos, ya que se alcanzará la verdad procesal, ello como parte del fin publicista de los procesos judiciales, además, de forma indirecta se alcanza un fin de previsión, pues los profesionales de la salud actuarán con mayor diligencia en los casos generales salvaguardando los derechos fundamentales la salud y la integridad de las personas en general.

RECOMENDACIONES

Habiéndose dado las conclusiones, a modo de recomendación, corresponde en este apartado plantear la propuesta de modificación del artículo 1762° del Código Civil, asimismo, para que dicha incorporación sea eficaz se debe modificar también los artículos 36° y 48° de la Ley General de Salud; por lo cual para un mejor entendimiento se ha elaborado un cuadro comparativo que se detalla a continuación.

CUADRO COMPARATIVO DE LA ACTUAL REGULACIÓN Y LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

	Actual regulación	Propuesta de modificación
CÓDIGO CIVIL	Art. 1762. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.	Art. 1762. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. No obstante, para los servicios médicos, debido a su propia naturaleza, se distribuirá la carga de la prueba al prestador de servicios, por encontrarse en mejores condiciones de aportar el medio probatorio.
LEY GENERAL DE SALUD	Art. 36. Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.	Art. 36. Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, para lo cual, deben cumplir con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1762° del Código Civil.

Art. 48. El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece.

Art. 48. El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece, **por ello, deben ceñirse al cumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1762° del Código Civil.**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acciarri, H. (2001). Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 663.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Grijley.
- Atáz, J. (1986). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Montecorvo.
- Beltrán, J. (2010). *Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, 143.
- Brun, P. (2015). *Responsabilidad civil extrancontractual*. Instituto Pacífico.
- Buendía, E. (2020). *La responsabilidad médica: Un estudio comparado para la solución de un problema actual*. Jurista Editores.
- Calamandrei, P. (1950). "Il processo come giuoco. En: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2. Alma-Unifi, 488-511.
- Campos, W. (2012). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 7(8/9), 201-214. <https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.281>
- Capcha, E. (2021). *Las cargas dinámicas probatorias en casos de responsabilidad civil por negligencia médica en el Perú*. Tesis para optar el grado de maestro en derecho con mención en derecho civil y comercial. Repositorio de la Universidad de San Martín de Porres. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/9623/capcha_ver.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Carnelutti, F. (2018). *La prueba civil*. Traducción de la 2da edición italiana (póstuma), *La prova civile*, So. Gra., Roma, 1947. Ediciones Olejnik.
- Chávez, L. & Paredes, Y. (2019). *Beneficios de la aplicación judicial de las teorías dinámicas de la carga probatoria en la responsabilidad civil médica contractual*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Repositorio de la Universidad Nacional de Trujillo. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/9623/capcha_ver.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cieza, J. (2013). La responsabilidad civil médica Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización. *Actualidad Jurídica*, 231, 72-89. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/898>
- Cieza, J. (2015). Nuestra jurisprudencia y la responsabilidad civil médica. Reflexiones sobre su aplicación. *Diálogo con la Jurisprudencia*. 177, 51-73. <http://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/11%20Jairo%20Cieza%20Mora%20UESTRA%20JURISPRUDENCIA%20Y%20LA%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL%20MEDICA.%20REFLEXIONES%20SOBRE%20SU%20APLICACION.pdf>
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012, artículo 167. 12 de julio de 2012.

Código Civil y Comercial de la Nación [CCyN]. Ley 26.994 de 2014, artículos 1716, 1718, 1724 y 1735. 7 de octubre del 2014.

Código Procesal Civil [CPP]. Decreto Legislativo N.º 768 de 1993. artículos 188, 189, 196 y 200. 8 de enero de 1993.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria Piura (10 de junio de 2014). *Casación N.º 1634-2014*. Magistrado ponente Huamaní Llamas. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6948fa804fe4bb3b8633eebf83c04674/Resolucion_1634-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6948fa804fe4bb3b8633eebf83c04674

De Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual*. Ara Editores.

Echandía, H. (2000). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Temis.

Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. 5ta Ed. Tomo I. Temis.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños* (1ª edición). Civitas Ediciones.

Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil: Lecciones universitarias*. Colección Lo Esencial del Derecho N.º 46. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Fernández, C., & Woolcott, O. (2018). *Derecho Médico de las Nociones Fundamentales y la Responsabilidad Médica* (1ª ed., Vols. 1-2). Instituto Pacífico.

Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el proceso*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.

Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En: *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.

Franzoni, M. (1993). Dei fatti illeciti (art. 2043-2059). En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. A! cuidado de Francesco Galgano*. Bologna: Societa Editrice del Foro Italiano, Introduzione, Nos. 7-14, 33-64. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15822/16254/>

Garay, E. (2007). *Responsabilidad profesional de los médicos: Ética, bioética y jurídica: civil y penal* / Oscar Ernesto Garay, coordinador. Editorial La Ley.

Giannini, L. (2019). Revisitando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En: *Contra la Carga de la Prueba*. Marcial Pons.

Gascón Abellan, M. (2002). Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial a propósito de las observaciones de Mario Ruiz, en: *Anuario de filosofía del derecho*, 19, 489-496. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/756909.pdf>

- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill Interamericana de España.
- Ley N.º 26842 (15 de julio de 1997). *Ley por la cual se expide la Ley General de Salud*. Artículo 36. Congreso de la República del Perú.
- Lorenzetti, R. (2016). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. 2da. Edición completa y actualizada. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Martínez Calcerrada, L. (1986). *Derecho médico*, vol. I. Tecnos.
- Monroy, J. (2017). *Temas de derecho procesal*, 2. 1ra ed. Communitas.
- Morales Godo, J. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra Editores.
- Morales, A. (2020). *El dinamismo probatorio en la responsabilidad civil médica: análisis de la norma y propuesta de interpretación en aras de evitar vulneraciones al debido proceso*. Tesis para optar el grado de magíster en derecho con énfasis en responsabilidad civil. Repositorio de la Universidad EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/17560>
- Montero, J. (1982). Los principios informadores del proceso civil en el marco de la constitución. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 4, 5-40.
- Nieva, J. (2019). La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debiera ser abolida. En: *Contra la Carga de la Prueba*. Marcial Pons.
- Ninamanco, F. (2013). Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad médica. Un nuevo enfoque de responsabilidad civil de los profesionales. *Actualidad Jurídica*, 230, 70-78.
- Obando, V. (2008). Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, 4(4), Corte Suprema de Justicia de la República, 169 y ss.
- Ochoa, F. (2021). *La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano*. Tesis para optar el grado de magíster en derecho con mención en derecho procesal. Repositorio de la Universidad Católica de Santiago Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/16318>
- Ojeda, D. (2013). *La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Tesis para optar el grado de magíster en derecho con mención en civil y comercial. Repositorio de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7533>
- Pastori, C. (2019). *La comunicación judicial previa como requisito establecido en el art. 1735 del CCCN para la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Garantías de igualdad ante la ley y debido proceso*. Tesis para optar el grado de magíster en derecho procesal. Repositorio de la Universidad Siglo 21. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/18404>
- Peyrano, J. (1993). *Desplazamiento de la carga probatoria. Carga Probatoria y principio dispositivo*. En JA-III en derecho procesal civil. Ediciones jurídicas.

- Peyrano, J. (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ramos, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Gaceta Jurídica.
- Sánchez, M. (2017). La versión básica y aplicada de la investigación jurídica pura. *Derecho y Cambio Social*.
https://www.derechocambiosocial.com/revista048/LA_VERSION_BASICA_Y_APLICADA_DE_LA_INVESTIGACION.pdf
- Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Ministerio Público de la Defensa (2019). *Boletín Derecho Procesal Civil Carga dinámica de la prueba*.
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2019.06.%20Carga%20din%C3%A1mica%20de%20la%20prueba.pdf>
- Sproviero, J. (1994). *Mala praxis*. Abeledo-Perrot.
- Taboada, L. (2018). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 3ra Reimpresión. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Taruffo, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 316.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2008). Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. *Advocatus*, 59 y ss.
- Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Zela.
- Terrazas, B. (2017). *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos en materia de protección al consumidor*. Tesis para optar el título de segunda especialidad en derecho público y buen gobierno [Tesis de Segunda Especialidad]. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8567/TERRAZAS_BRESIA_proteccion%20al%20consumidor.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tribunal Constitucional (8 de julio del 2005). *Sentencia del Tribunal Constitucional N.º1417-2005*. Magistrado ponente Alva Orlandini.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/93E93A4302AF6521052586F4001CECF5/\\$FILE/1417-2005-AA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/93E93A4302AF6521052586F4001CECF5/$FILE/1417-2005-AA.pdf)
- Tribunal Constitucional (26 de enero del 2007). *Sentencia del Tribunal Constitucional N.º1776-2004*. Magistrado ponente Landa Arroyo.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.pdf>
- Trigo Represas, F. (1978). *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Astrea.
- Vara, A. (2012). *Desde la idea hasta la sustentación: Siete pasos para una tesis exitosa. Un método efectivo para las ciencias empresariales*. USMP.

<https://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/7-PASOS-PARA-UNA-TESES-EXITOSA-Desde-la-idea-inicial-hasta-la-sustentaci%C3%B3n.pdf>

Woolcott, O. (2004). *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Yungano, A. (1986). *La responsabilidad profesional de los médicos*. La Universidad.

ANEXO A: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título de la investigación: La incorporación de la carga dinámica de la prueba dentro de la legislación peruana para casos de responsabilidad civil médica.

Área y línea de investigación: Procesal civil y civil.

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Enfoque-tipo
¿Cuál es el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?	Determinar el fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.	El fundamento por el que debe dinamizarse la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica, es debido a que se asegura que la parte que esté en mejores condiciones de aportar la prueba sea aquella que la incorpore al proceso.	<p>Cualitativo-básico</p> <p style="background-color: #d9e1f2;">Tipos jurídicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Descriptiva • Propositiva <p style="background-color: #d9ead3;">Método de investigación jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hermenéutica • Argumentación • Sociológico <p style="background-color: #d9e1f2;">Método de interpretación jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sistemático
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Diseño
a. ¿Cómo se puede incorporar la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?	a. Establecer cómo se puede incorporar la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.	<p>a. Se incorporará la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica modificando el artículo 1762° del Código Civil.</p> <p>b. El profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de</p>	No experimental

b. ¿Por qué el profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de responsabilidad civil médica?

b. Proponer por qué el profesional de la salud y/o estructura sanitaria debería probar la diligencia en los casos de responsabilidad civil médica.

responsabilidad civil médica, por ser ellos los prestadores del servicio de salud.

CATEGORÍAS

- Carga dinámica de la prueba.
- Responsabilidad civil médica.

Población	Universo	Técnica de recolección de datos	Técnica de recolección de datos	Instrumentos de recolección de datos
-	-	<ul style="list-style-type: none"> • Cualitativo 	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión documental. • Entrevista cualitativa 	<ul style="list-style-type: none"> • Ficha de revisión documental. • Guía de entrevista a profundidad.

ANEXO B: GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A EXPERTOS ABOGADOS

ASPECTOS PREVIOS:

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA:

Recabar información sobre la base de su experiencia profesional sobre las instituciones de la Carga dinámica de la prueba y la Responsabilidad civil médica.

1. DATOS DE LA ENTREVISTA:

Lugar: Fecha:

Hora:

2. DATOS GENERALES DEL ENTREVISTADO:

Nombres y apellidos:

Profesión:

Formación profesional:

Experiencia laboral:

3. PREGUNTAS

DIRIGIDAS A ABOGADOS:

Pregunta 1:

Si el entrevistado es operador de justicia (incluir asesores legales, litigantes, jueces)

¿En su experiencia profesional, **ha participado** de algún caso sobre responsabilidad civil médica? (coméntenos acerca de dicho caso)

(si el entrevistado doctrinario, profesor, asesor)

¿De acuerdo a su experiencia profesional **tiene conocimiento**; de algún caso sobre responsabilidad civil médica? (coméntenos acerca de dicho caso)

Pregunta 2:

Si el entrevistado es operador de justicia (incluir asesores legales, litigantes, jueces) ¿Se le presentó alguna dificultad para obtener las pruebas durante el proceso? (tiempo, costo o traba burocrática)

(si el entrevistado doctrinario, profesor, asesor)

¿Considera que existen dificultades para obtener las pruebas durante el proceso? (tiempo, costo o traba burocrática)

Pregunta 3: ¿Qué nos podría comentar sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?

Pregunta 4: ¿Desde su perspectiva profesional, considera adecuado el actual modelo de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica? ¿por qué?

Pregunta 5: ¿Usted tiene conocimiento respecto sobre la carga dinámica de la prueba?

Pregunta 6:

(En caso la respuesta a la pregunta 4 sea negativa, ¿Usted considera una solución idónea la incorporación de la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación?;

(En caso sea positiva, preguntar la siguiente) ¿con un cambio en la actual regulación en la Carga dinámica de la prueba, no cree que sería aún más célere/justo?

Pregunta 7: De manera breve, ¿qué opina acerca de que sea el paciente y no el médico, el obligado a probar el daño producto de la responsabilidad civil médica?

ANEXO C: GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A EXPERTOS MÉDICOS

ASPECTOS PREVIOS.

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA:

Recabar información sobre la base de su experiencia profesional sobre las instituciones de la Carga dinámica de la prueba y la Responsabilidad civil médica.

1. DATOS DE LA ENTREVISTA:

Lugar: Fecha:

Hora:

2. DATOS GENERALES DEL ENTREVISTADO:

Nombres y apellidos:

Profesión:

Formación profesional:

Experiencia laboral:

3. PREGUNTAS

Pregunta 1: ¿En su experiencia profesional ha sido partícipe (o ha tenido conocimiento) de un caso de negligencia médica? (coméntenos acerca de dicho caso)

Pregunta 2: ¿Se presentó alguna dificultad (tiempo, costo,) durante el proceso judicial durante dicha situación?

Pregunta 3: De manera breve, ¿qué opina acerca de que sea el paciente, el obligado a demostrar el daño producto de la negligencia médica?

Pregunta 4: Teniendo en cuenta de que es el paciente el que debe probar la negligencia médica, ¿consideraría usted factible que sea el médico o clínica/hospital el que pruebe ello, ya que cuentan con los medios necesarios?

Pregunta 5: ¿Cree que sería adecuado que, en estos casos de negligencia médica, se pueda incorporar en nuestra legislación una institución jurídica que logre equiparar la situación, para que el que se encuentre en mejor condición pueda probar la negligencia médica y llegar a una decisión más justa?

ANEXO D: CONSENTIMIENTO INFORMADO

Propósito del estudio:

Lo estamos invitando a participar en una entrevista como parte de una investigación, para obtener un acercamiento de su vida profesional con respecto a la institución de la carga probatoria dinámica y su relación con la responsabilidad civil médica, esta entrevista será desarrollada por los investigadores Zarella Lucero Flores Galarza y Fabio Brandon Olivares Ramón, bachilleres de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

La entrevista será espontánea, se realizará a través de preguntas que usted responderá con la mayor honestidad y acorde a su experiencia profesional, no se vertirán declaraciones o comentarios que expongan información sensible o personal; usted podrá tomar el tiempo que sea necesario para responder, también puede culminar con la entrevista en el momento que lo considere oportuno.

La entrevista podrá ser grabada en audio y/o video, y de ser el caso subida a una plataforma de acceso público en la red

Riesgos:

La aplicación del instrumento no demandará ningún riesgo para su trayectoria profesional o personal.

Beneficios:

Coadyuvará con la materialización de la investigación jurídica, aportando con su experiencia a la solución de vacíos jurídicos de la legislación y doctrina nacional.

Costos y compensación

La entrevista no supone ninguna retribución económica o de otra índole para ninguna de las partes.

Derechos del participante:

Se le proporcionará una copia del presente.

DECLARACIÓN Y/O CONSENTIMIENTO

Acepto voluntariamente participar en este estudio, comprendo las actividades en las que participaré si decido ingresar al estudio, también entiendo que puedo decidir no participar y que puedo retirarme del estudio en cualquier momento.

Entrevistado
DNI

Investigadora
Zarella Lucero Flores Galarza
DNI: 72847488

Investigador
Fabio Brandon Olivares Ramón
DNI: 70234941

ANEXO E: SISTEMATIZACIÓN DE ENTREVISTAS A EXPERTOS ABOGADOS

ÍTEM	ENTREVISTADO 1
Entrevistado	Dante Torres Altez
Formación Profesional	Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional
Experiencia Laboral	Actualmente es Asesor de la Corte Superior de Justicia de Junín, ha sido...
¿Conoce usted algún caso de responsabilidad civil médica?, coméntenos acerca de dicho caso	Conoce varios casos desde su experiencia como asesor de sala civil, refiere que en ninguno de los casos el juez de primera instancia ha utilizado la carga dinámica de la prueba.
¿Se le presentó alguna dificultad durante el proceso?	Menciona que los demandantes tenían incapacidad para probar los hechos que alegaban
De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente y no el médico, el obligado a probar el daño producto de la responsabilidad civil médica?	Considera que es injusto para el demandante, debido a que no tiene acceso a los medios de prueba, ya que están en poder de la estructura sanitaria.
¿Qué nos podría comentar sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?	La considera importante debido a que equipararía la imposibilidad probatoria del demandante, en relación al demandado. No lo considera apropiado, debido que la actual regulación señala que quien alega un hecho tiene la carga de la prueba, sin embargo, en responsabilidad médica, debido a la especialidad, las pruebas están en poder del demandado.
¿Desde su perspectiva profesional, considera adecuado el actual modelo de la carga de la prueba? ¿por qué?	Si tiene conocimiento de la carga dinámica de la prueba, pues señala que la inversión de la carga probatoria tiene origen argentino y fue recogida en las legislaciones argentina, colombiana y española.
¿Usted tiene conocimiento respecto de la carga dinámica de la prueba?	
¿Usted considera una solución idónea la incorporación de la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación? O ¿con un cambio en la actual regulación en la Carga dinámica de la prueba, no cree que sería aún más célere o justo el proceso?	Considera que la incorporación a la legislación peruana de la carga dinámica de la prueba traería consigo predictibilidad y seguridad jurídica.

ÍTEM
Entrevistado
Formación Profesional

ENTREVISTADA 2
Gigliola Yokoyama Consiglieri
Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de San Martín de Porres

Experiencia Laboral

¿Conoce usted algún caso de responsabilidad civil médica?, coméntenos acerca de dicho caso

¿Se le presentó alguna dificultad durante el proceso?

De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente y no el médico, el obligado a probar el daño producto de la responsabilidad civil médica?

¿Qué nos podría comentar sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?

¿Desde su perspectiva profesional, considera adecuado el actual modelo de la carga de la prueba? ¿por qué?

¿Usted tiene conocimiento respecto de la carga dinámica de la prueba?

¿Usted considera una solución idónea la incorporación de la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación? O ¿con un cambio en la actual regulación en la Carga dinámica de la prueba, no cree que sería aún más célere o justo el proceso?

ÍTEM

Entrevistado

Formación Profesional

Experiencia Laboral

¿Conoce usted algún caso de responsabilidad civil médica?, coméntenos acerca de dicho caso

¿Se le presentó alguna dificultad durante el proceso?

Es abogada litigante, docente universitaria y asesora legal de empresas privadas
Tiene conocimiento de casos pero no los llevó directamente, únicamente revisó los expedientes.

Menciona que para los pacientes de los casos fue dificultoso obtener las pruebas que respaldases sus alegaciones en contra de las estructuras sanitarias
Considera que por la naturaleza del proceso, es muy difícil para el paciente obtener las pruebas, ello debido a la naturaleza de la materia.

Considera que el actual modelo legislativo para los casos de responsabilidad médica es injusto para los pacientes, debido a la imposibilidad probatoria

No lo considera adecuado, porque la regulación actual impide que los pacientes (demandantes) alcancen justicia

Manifiesta que si conoce la carga dinámica de la prueba, y que la inversión de la carga probatoria beneficiaría mucho al demandante de responsabilidad médica
Si considera adecuada la incorporación legislativa de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica, ya que habría seguridad jurídica y sobre todo el proceso más justo para el demandante.

ENTREVISTADO 3

Jhonatan Armas Prado

Magíster en Derecho Civil por la Universidad Peruana Los Andes

Es juez especializado de la Corte Superior de Justicia de Junín

Comenta que en su experiencia jurisdiccional, ha visto casos de responsabilidad en general, no médica
En el caso de responsabilidad civil por daño moral, manifiesta que para el demandante fue imposible demostrar el daño moral, motivo por el que perdió el proceso

De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente y no el médico, el obligado a probar el daño producto de la responsabilidad civil médica?

¿Qué nos podría comentar sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica?

¿Desde su perspectiva profesional, considera adecuado el actual modelo de la carga de la prueba? ¿por qué?

¿Usted tiene conocimiento respecto de la carga dinámica de la prueba?

¿Usted considera una solución idónea la incorporación de la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación? O ¿con un cambio en la actual regulación en la Carga dinámica de la prueba, no cree que sería aún más célere o justo el proceso?

El magistrado menciona que de acuerdo con la norma procesal, sea cual sea el proceso el demandante debe de demostrar los hechos, sin embargo, en los casos de responsabilidad médica, los medios de prueba no están al alcance del paciente, por lo cual al final perderá el proceso.

Comenta que en los casos de responsabilidad debido a la imposibilidad de aportar las pruebas al proceso, pierde el demandante; sin embargo, eso se podría solucionar cuando el juez solicite a la otra parte que aporte las pruebas para absolver el caso de una manera mas justa.

Considera que para los casos de responsabilidad contractual en general está bien, sin embargo, en los casos de responsabilidad profesional, como lo es la responsabilidad médica, debido a la complejidad y la naturaleza del mismo, es inadecuado porque el paciente no tiene forma de aportar la carga de la prueba. Refiere que si tiene conocimiento, es más en su experiencia como juez contencioso, la propia normativa de dicha materia faculta al juez a que cuando no existan pruebas suficientes, se puede pedir a la entidad que aporte las pruebas al proceso, para que el juez pueda resolver con mejor conocimiento

El magistrado considera que tal y como en los caos contenciosos dicha figura haría que las pruebas aportadas al proceso sean abundante y por ende el juzgador emitiría una decisión más justa, refiere que dicha incorporación se puede hacer sin necesidad de plasmarse en la ley, en virtud de los principios constitucionales, sin embargo, por una cuestión de uniformidad sería preferible que e incorpore en la legislación para que las decisiones sean predictibles y exista seguridad jurídica, por lo tanto a nivel práctico sería muy adecuada su incorporación legislativa.

ANEXO F: SISTEMATIZACIÓN DE ENTREVISTAS A EXPERTOS MÉDICOS

ÍTEM	ENTREVISTADO 1
Entrevistado	Jorge Vila Castro
Formación Profesional	Médico cirujano
Experiencia Laboral	Jefe del Sistema de Atención Médica de Urgencia de la Red de Salud del Valle del Mantaro
¿Conoce usted algún caso de negligencia médica?, coméntenos acerca de dicho caso	Refiere que fue partícipe de un caso en el que una paciente con un embarazo avanzado que nunca se realizó sus controles prenatales llegó al centro de salud, en el momento se le indicó hacerse varios chequeos en ese momento, sin embargo, el esposo de la paciente y ella misma se negaron a ello, firmaron el acta con su negativa y se fueron, horas más tarde, la misma paciente regresó de emergencia al centro de salud, y el feto no tenía ritmo cardiaco, fue trasladada al hospital y en el camino el feto falleció. Refiere que no conoce el proceso judicial, pero existió dificultades para el equipo médico que participó en la medida que se programaron varias veces declaraciones y descargos.
¿Se presentó alguna dificultad durante dicha situación?	Opina que actualmente el paciente puede grabar o filmar las actuaciones que realizan en la estructura sanitaria.
De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente, el obligado a demostrar el daño producto de la negligencia médica?	Refiere que sería adecuado, y que en los casos que conoce el hospital remitió la historia clínica cuando fue solicitada
Teniendo en cuenta de que es el paciente el que debe probar la negligencia médica, ¿considera usted factible que sea el médico o clínica/hospital el que pruebe ello, ya que cuentan con los medios necesarios?	Refiere que sería adecuado ya que así verdaderamente se podría esclarecer si fue el médico o la estructura sanitaria el responsable del daño por un actuar negligente o si, como en el caso que conoció, fue el propio paciente el que actuó con negligencia.
¿Cree que sería adecuado que en estos casos de negligencia médica, se pueda incorporar en nuestra legislación una institución jurídica que logre equiparar la situación, para que el que se encuentre en mejores condiciones pueda probar la negligencia médica, y llegar a una decisión más justa?	

ÍTEM
Entrevistado
Formación Profesional
Experiencia Laboral

¿Conoce usted algún caso de negligencia médica?, coméntenos acerca de dicho caso

¿Se presentó alguna dificultad durante dicha situación?

De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente, el obligado a demostrar el daño producto de la negligencia médica?

Teniendo en cuenta de que es el paciente el que debe probar la negligencia médica, ¿considera usted factible que sea el médico o clínica/hospital el que pruebe ello, ya que cuentan con los medios necesarios?

¿Cree que sería adecuado que en estos casos de negligencia médica, se pueda incorporar en nuestra legislación una institución jurídica que logre equiparar la situación, para que el que se encuentre en mejores condiciones pueda probar la negligencia médica, y llegar a una decisión más justa?

ÍTEM
Entrevistado
Formación Profesional
Experiencia Laboral

ENTREVISTADA 2
Teresa Santa María
Médico Cirujano

Es médico de la Red de Salud del Valle del Mantaro

Nos refirió que tuvo conocimiento de un caso, en el cual la paciente fue negligente al momento de llevar su embarazo y nunca se realizó un chequeo preventivo, motivo por el cual el día del parto sufrió de múltiples complicaciones y la paciente finalmente falleció

La dificultad en el mismo caso fue que por la lejanía del domicilio de la paciente, la ambulancia se demoró 2 horas y media en ir y otro tanto igual en volver; asimismo, las dificultades para el personal médico fue la de tener que rendir sus descargos en múltiples oportunidades.

Opina que las pruebas deberían ser aportadas por ambas partes, no solo el paciente.

Refiere que del caso que tuvo conocimiento si la estructura sanitaria remitió la historia clínica al proceso

Considera apropiado que la estructura sanitaria aporte los medios probatorios para que los hechos que se demanden queden esclarecidos tanto para que el paciente obtenga justicia y de ser el caso se compruebe que el médico no actuó con negligencia.

ENTREVISTADO 3
Diego Matos Knutzen
Médico cirujano
Director del Centro de Salud de Concepción David Guerrero Duarte

¿Conoce usted algún caso de negligencia médica?, coméntenos acerca de dicho caso

¿Se presentó alguna dificultad durante dicha situación?

De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente, el obligado a demostrar el daño producto de la negligencia médica?

Teniendo en cuenta de que es el paciente el que debe probar la negligencia médica, ¿considera usted factible que sea el médico o clínica/hospital el que pruebe ello, ya que cuentan con los medios necesarios?

¿Cree que sería adecuado que, en estos casos de negligencia médica, se pueda incorporar en nuestra legislación una institución jurídica que logre equiparar la situación, para que el que se encuentre en mejores condiciones pueda probar la negligencia médica, y llegar a una decisión más justa?

Refiere que si tuvo conocimientos de un caso de responsabilidad médica.

No conoce los detalles del proceso judicial

Refiere que el paciente no es médico, por lo tanto no está de acuerdo.

Refiere que está de acuerdo, y que en el caso que tuvo conocimiento se remitió la historia clínica.

Manifiesta estar de acuerdo, ya que con ello se establecería quien es el responsable de la negligencia y el paciente podría obtener justicia.

ÍTEM

Entrevistado

Formación Profesional

Experiencia Laboral

¿Conoce usted algún caso de negligencia médica?, coméntenos acerca de dicho caso

¿Se presentó alguna dificultad durante dicha situación?

ENTREVISTADO 4

Omar Escate Arias

Médico con especialización en medicina legal

Es médico legista en la unidad de medicina legal del Ministerio Público Refiere que por su experiencia como médico legista ha tenido la oportunidad de conocer varios casos de responsabilidad médica, uno de los que recuerda era el caso de una paciente intervenida quirúrgicamente en Huancayo y producto de las complicaciones fue trasladada a Lima, sin embargo, producto de una negligencia médica, la paciente falleció Refiere que no tiene conocimiento sobre el proceso judicial, también comenta que existen algunas historias clínicas que son ilegibles y por ello no se entiende el contenido, trayendo complicaciones al revisarla

De manera breve ¿Qué opina acerca de que sea el paciente, el obligado a demostrar el daño producto de la negligencia médica?

Teniendo en cuenta de que es el paciente el que debe probar la negligencia médica, ¿considera usted factible que sea el médico o clínica/hospital el que pruebe ello, ya que cuentan con los medios necesarios?

¿Cree que sería adecuado que en estos casos de negligencia médica, se pueda incorporar en nuestra legislación una institución jurídica que logre equiparar la situación, para que el que se encuentre en mejores condiciones pueda probar la negligencia médica, y llegar a una decisión más justa?

Considera que el paciente no tiene como demostrar el posible daño, debido a que dichas incidencias se encuentran en la historia clínica.

Indica que se debería ser así, ya que como mencionó, la historia clínica se encuentra en poder de la estructura sanitaria, por lo tanto resultaría lógico que ellos sean los que aporten las pruebas al proceso

El experto refiere que ello sería adecuado, en la medida que si existen mayores pruebas para que se esclarezcan los hechos se podrá dar la razón al paciente, o en su defecto el médico demostrará que no actuó con negligencia o algún tipo de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

ANEXO G: OFICIO DE APROBACIÓN DEL COMITÉ DE ÉTICA



Huancayo, 26 de julio del 2021

OFICIO N° 043-2021-CE-FD-UC

Señores:

**FLORES GALARZA ZARELLA LUCERO
OLIVARES RAMON FABIO BRANDON**

Presente-

EXP. 043-2021

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y a la vez manifestarle que el estudio de investigación titulado: “LA INCORPORACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA PARA CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA” ha sido **APROBADO** por el Comité de Ética en Investigación de la Facultad de Derecho, bajo las siguientes condiciones:

- El Comité de Ética puede en cualquier momento de la ejecución del trabajo solicitar información y confirmar el cumplimiento de las normas éticas.
- El Comité puede solicitar el informe final para revisión final.

Aprovechamos la oportunidad para renovar los sentimientos de nuestra consideración y estima personal.

Atte,



Claudia Rios Cataño
Coordinadora de Investigación
Facultad de Derecho y Humanidades
Universidad Continental
x Eliana Mory A.
Presidenta del Comité de Ética DD.HH.

ANEXO H: FOTOGRAFÍAS DE LAS ENTREVISTAS



Figura 1. Captura de Pantalla de la entrevista virtual con la abogada Gigliola Yokoyama Consiglieri.



Figura 2. Captura de Pantalla de la entrevista virtual con el abogado Dante Torres Altez.



Figura 3. Fotografía con la médico entrevistada Teresa Santa María



Figura 4. Fotografía con la médico entrevistada Teresa Santa María



Figura 5. Fotografía con el médico entrevistado Diego Matos



Figura 6. Fotografía con el médico entrevistado Diego Matos



Figura 7. Fotografía con el médico entrevistado Omar Escate



Figura 8. Fotografía con el médico entrevistado Omar Escate



Figura 9. Fotografía con el médico entrevistado Jorge Vila



Figura 10. Fotografía con el médico entrevistado Jorge Vila